بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

يُقِرُّونَ بِالصَّانِعِ وَيُنْكِرُونَ تَوْحِيدَهُ وَهُمْ الْوَثَنِيَّةُ وَالْمَجُوسُ وَصِنْفٌ منهم يُقِرُّونَ بِالصَّانِعِ وَتَوْحِيدِهِ وَيُنْكِرُونَ الرِّسَالَةَ رَأْسًا وَهُمْ قَوْمٌ من الْفَلَاسِفَةِ وَصِنْفٌ منهم يُقِرُّونَ بِالصَّانِعِ وَتَوْحِيدِهِ وَالرِّسَالَةِ في الْجُمْلَةِ لَكِنَّهُمْ يُنْكِرُونَ رِسَالَةَ نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ عليه أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ وَهُمْ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى
فَإِنْ كان من الصِّنْفِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي فقال لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ يَمْتَنِعُونَ عن الشَّهَادَةِ أَصْلًا فإذا أَقَرُّوا بها كان دَلِيلَ إيمَانِهِمْ وَكَذَلِكَ إذَا قال أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رسول اللَّهِ لِأَنَّهُمْ يَمْتَنِعُونَ من كل وَاحِدَةٍ من كَلِمَتَيْ الشَّهَادَةِ فَكَانَ الْإِتْيَانُ بواحدة (((بواحد))) مِنْهُمَا أَيَّتَهُمَا كانت دَلَالَةَ الْإِيمَانِ وَإِنْ كان من الصِّنْفِ الثَّالِثِ فقال لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّ مُنْكِرَ الرِّسَالَةِ لَا يَمْتَنِعُ عن هذه الْمَقَالَةِ وَلَوْ قال أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رسول اللَّهِ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عن هذه الشَّهَادَةِ فَكَانَ الْإِقْرَارُ بها دَلِيلَ الْإِيمَانِ
وَإِنْ كان من الصِّنْفِ الرَّابِعِ فَأَتَى بِالشَّهَادَتَيْنِ فقال لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ مُحَمَّدٌ رسول اللَّهِ لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ حتى يَتَبَرَّأَ من الدِّينِ الدي (((الذي))) عليه من الْيَهُودِيَّةِ أو النَّصْرَانِيَّةِ لِأَنَّ من هَؤُلَاءِ من يُقِرُّ بِرِسَالَةِ رسول اللَّهِ لَكِنَّهُ يقول إنَّهُ بُعِثَ إلَى الْعَرَبِ خَاصَّةً دُونَ غَيْرِهِمْ فَلَا يَكُونُ إتْيَانُهُ بِالشَّهَادَتَيْنِ بِدُونِ التبري (((التبرؤ))) دَلِيلًا على إيمَانِهِ وَكَذَا إذَا قال يَهُودِيٌّ أو نَصْرَانِيٌّ أنا مُؤْمِنٌ أو مُسْلِمٌ أو قال آمَنْتُ أو أَسْلَمْتُ لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّهُمْ يَدَّعُونَ أَنَّهُمْ مُؤْمِنُونَ وَمُسْلِمُونَ وَالْإِيمَانُ وَالْإِسْلَامُ هو الذي هُمْ عليه
وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رحمهما (((رحمه))) اللَّهُ أَنَّهُ قال إذَا قال الْيَهُودِيُّ أو النَّصْرَانِيُّ أنا مُسْلِمٌ أو قال أَسْلَمْتُ سُئِلَ عن ذلك أَيَّ شَيْءٍ أَرَدْتَ بِهِ إنْ قال أَرَدْتُ بِهِ تَرْكَ الْيَهُودِيَّةِ أو النَّصْرَانِيَّةِ وَالدُّخُولَ في دِينِ الْإِسْلَامِ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ حتى لو رَجَعَ عن ذلك كان مُرْتَدًّا وَإِنْ قال أَرَدْتُ بِقَوْلِي أَسْلَمْتُ إني على الْحَقِّ ولم أُرِدْ بِذَلِكَ الرُّجُوعَ عن دِينِي لم يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ وَلَوْ قال يَهُودِيٌّ أو نَصْرَانِيٌّ أَشْهَدُ أَنْ لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ وَأَتَبَرَّأُ عن الْيَهُودِيَّةِ أو النَّصْرَانِيَّةِ لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّهُمْ لَا يَمْتَنِعُونَ عن كَلِمَةِ التَّوْحِيدِ والتبري (((والتبرؤ))) عن الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ لَا يَكُونُ دَلِيلَ الدُّخُولِ في دِينِ الْإِسْلَامِ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ تَبَرَّأَ عن ذلك وَدَخَلَ في دِينٍ آخَرَ سِوَى دِينِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَصْلُحُ التبري (((التبرؤ))) دَلِيلَ الْإِيمَانِ مع الِاحْتِمَالِ وَلَوْ أَقَرَّ مع ذلك فقال دَخَلْتُ في دِينِ الْإِسْلَامِ أو في دِينِ مُحَمَّدٍ حُكِمَ بِالْإِسْلَامِ لِزَوَالِ الِاحْتِمَالِ بِهَذِهِ الْقَرِينَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يُحْكَمُ بِهِ بِكَوْنِهِ مُؤْمِنًا من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ فَنَحْوُ أَنْ يُصَلِّيَ كِتَابِيٌّ أو

وَاحِدٌ من أَهْلِ الشِّرْكِ في جَمَاعَةٍ وَيُحْكَمَ بِإِسْلَامِهِ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ وَلَوْ صلى وَحْدَهُ لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أن الصَّلَاةَ لو صَلَحَتْ دَلَالَةَ الْإِيمَانِ لَمَا افْتَرَقَ الْحَالُ فيها بين حَالِ الِانْفِرَادِ وَبَيْنَ حَالِ الِاجْتِمَاعِ وَلَوْ صلى وَحْدَهُ لم يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ فَعَلَى ذلك إذَا صلى بِجَمَاعَةٍ
وَلَنَا أَنَّ الصَّلَاةَ بِالْجَمَاعَةِ على هذه الْهَيْئَةِ التي نُصَلِّيهَا الْيَوْمَ لم تَكُنْ في شَرَائِعِ من قَبْلَنَا فَكَانَتْ مُخْتَصَّةً بِشَرِيعَةِ نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ فَكَانَتْ دَلَالَةً على الدُّخُولِ في دِينِ الْإِسْلَامِ بِخِلَافِ ما إذَا صلى وَحْدَهُ لِأَنَّ الصَّلَاةَ وَحْدَهُ غَيْرُ مُخْتَصَّةٍ بِشَرِيعَتِنَا
وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إذَا صلى وَحْدَهُ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّ الصَّلَاةَ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ دَلِيلُ الْإِسْلَامِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من شَهِدَ جِنَازَتَنَا وَصَلَّى إلَى قِبْلَتِنَا وَأَكَلَ ذَبِيحَتَنَا فَاشْهَدُوا له بِالْإِيمَانِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا أَذَّنَ في مَسْجِدِ جَمَاعَةٍ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى
لنا أَنَّ الْأَذَانَ من شَعَائِرِ الْإِسْلَامِ فَكَانَ الْإِتْيَانُ بِهِ دَلِيلَ قَبُولِ الْإِسْلَامِ
وَلَوْ قَرَأَ الْقُرْآنَ أو تَلَقَّنَهُ لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ فَعَلَ ذلك لِيَعْلَمَ ما فيه من غَيْرِ أَنْ يَعْتَقِدَهُ حَقِيقَةً إذْ لَا كُلُّ من يَعْلَمُ شيئا يُؤْمِنُ بِهِ كَالْمُعَانِدِينَ من الْكَفَرَةِ وَلَوْ حَجَّ هل يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ قالوا يُنْظَرُ في ذلك إنْ تَهَيَّأَ لِلْإِحْرَامِ وَلَبَّى وَشَهِدَ الْمَنَاسِكَ مع الْمُسْلِمِينَ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّ عِبَادَةَ الْحَجِّ على هذه الْهَيْئَةِ الْمَخْصُوصَةِ لم تَكُنْ في الشَّرَائِعِ الْمُتَقَدِّمَةِ فَكَانَتْ مُخْتَصَّةً بِشَرِيعَتِنَا فَكَانَتْ دَلَالَةَ الْإِيمَانِ كَالصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ وَإِنْ لَبَّى ولم يَشْهَدْ الْمَنَاسِكَ أو شَهِدَ الْمَنَاسِكَ ولم يُلَبِّ لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ عِبَادَةً في شَرِيعَتِنَا إلَّا بِالْأَدَاءِ على هذه الْهَيْئَةِ وَالْأَدَاءُ على هذه الْهَيْئَةِ لَا يَكُونُ دَلِيلَ الْإِسْلَامِ
وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُمَا رَأَيَاهُ يُصَلِّي سَنَةً وما قَالَا رَأَيْنَاهُ يُصَلِّي في جَمَاعَةٍ وهو يقول صَلَّيْتُ صَلَوَاتِي لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّهُمْ يُصَلُّونَ أَيْضًا فَلَا تَكُونُ الصَّلَاةُ الْمُطْلَقَةُ دَلَالَةَ الْإِسْلَامِ
وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا وقال رَأَيْتُهُ يُصَلِّي في الْمَسْجِدِ الْأَعْظَمِ وَشَهِدَ

الْآخَرُ وقال رَأَيْتُهُ يُصَلِّي في مسجد (((المسجد))) كَذَا وهو مُنْكِرٌ لَا تُقْبَلُ وَلَكِنْ يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ اتَّفَقَا على وُجُودِ الصَّلَاةِ منه بِجَمَاعَةٍ في الْمَسْجِدِ لَكِنَّهُمَا اخْتَلَفَا في الْمَسْجِدِ وَذَا يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْمَكَانِ لَا نَفْسَ الْفِعْلِ وهو الصَّلَاةُ فَقَدْ اجْتَمَعَ شَاهِدَانِ على فِعْلٍ وَاحِدٍ حَقِيقَةً لَكِنْ تُعْتَبَرُ شَهَادَتُهُمَا في الْجَبْرِ على الْإِسْلَامِ لَا في الْقَتْلِ لِأَنَّ فِعْلَ الصَّلَاةِ وَإِنْ كان مُتَّحِدًا حَقِيقَةً فَهُوَ مُخْتَلِفٌ صُورَةً لِاخْتِلَافِ مَحَلِّ الْفِعْلِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً في الْقَتْلِ

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْحُكْمُ بِالْإِسْلَامِ من طَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ فإن الصَّبِيَّ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لِأَبَوَيْهِ عَقَلَ أو لم يَعْقِلْ ما لم يُسْلِمْ بِنَفْسِهِ إذَا عَقَلَ وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لِلدَّارِ أَيْضًا وَالْجُمْلَةُ فيه أَنَّ الصَّبِيَّ يَتْبَعُ أَبَوَيْهِ في الْإِسْلَامِ وَالْكُفْرِ وَلَا عِبْرَةَ بِالدَّارِ مع

وُجُودِ الْأَبَوَيْنِ أو أَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ له من دِينٍ تَجْرِي عليه أَحْكَامُهُ وَالصَّبِيُّ لَا يَهْتَمُّ لِذَلِكَ إمَّا لِعَدَمِ عَقْلِهِ وَإِمَّا القصورة (((لقصوره))) فَلَا بُدَّ وَأَنْ يُجْعَلَ تَبَعًا لِغَيْرِهِ وَجَعْلُهُ تَبَعًا لِلْأَبَوَيْنِ أَوْلَى لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ مِنْهُمَا وَإِنَّمَا الدَّارُ مُنْشَأٌ وَعِنْدَ انْعِدَامِهِمَا في الدَّارِ التي فيها الصَّبِيُّ تَنْتَقِلُ التَّبَعِيَّةُ إلَى الدَّارِ لِأَنَّ الدَّارَ تَسْتَتْبِعُ الصَّبِيَّ في الْإِسْلَامِ في الْجُمْلَةِ كَاللَّقِيطِ فإذا أَسْلَمَ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ فَالْوَلَدُ يَتْبَعُ الْمُسْلِمَ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا في جِهَةِ التَّبَعِيَّةِ وَهِيَ التَّوَلُّدُ وَالتَّفَرُّعُ فَيُرَجَّحُ الْمُسْلِمُ بِالْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى عليه
وَلَوْ كان أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا فَالْوَلَدُ كِتَابِيٌّ لِأَنَّ الْكِتَابِيَّ إلَى أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ أَقْرَبُ فَكَانَ الْإِسْلَامُ منه أَرْجَى
وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ إذَا سُبِيَ الصَّبِيُّ وَأُخْرِجَ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَهَذَا لَا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ إمَّا إن سُبِيَ مع أبويه (((أحدهما))) وَإِمَّا إن سُبِيَ مع أَحَدِهِمَا وَإِمَّا إن سُبِيَ وَحْدَهُ فَإِنْ سُبِيَ مع أَبَوَيْهِ فما دَامَ في دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ على دِينِ أَبَوَيْهِ حتى لو مَاتَ لَا يُصَلَّى عليه وَهَذَا ظَاهِرٌ
وَكَذَا إذَا سُبِيَ مع أَحَدِهِمَا وَكَذَلِكَ إذَا خَرَجَ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَمَعَهُ أَبَوَاهُ أو أَحَدُهُمَا لِمَا بَيَّنَّا فَإِنْ مَاتَ الْأَبَوَانِ بَعْدَ ذلك فَهُوَ على دِينِهِمَا حتى يُسْلِمَ بِنَفْسِهِ وَلَا تَنْقَطِعُ تَبَعِيَّةُ الْأَبَوَيْنِ بِمَوْتِهِمَا لِأَنَّ بَقَاءَ الْأَصْلِ ليس بِشَرْطٍ لِبَقَاءِ الْحُكْمِ في التَّبَعِ وَإِنْ أُخْرِجَ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَيْسَ معه أَحَدُهُمَا فَهُوَ مُسْلِمٌ لِأَنَّ التَّبَعِيَّةَ انْتَقَلَتْ إلَى الدَّارِ على ما بَيَّنَّا
وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ في دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ مُسْلِمٌ تَبَعًا له لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا لِمَا بَيَّنَّا
وَكَذَا إذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ في دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ سُبِيَ الصَّبِيُّ بَعْدَهُ وَأُدْخِلَ في دَارِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ مُسْلِمٌ تَبَعًا له لِأَنَّهُ جَمَعَهُمَا دَارٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ تَبَعِيَّةَ الدَّارِ لَا تُعْتَبَرُ مع أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا
فَأَمَّا قبل الْإِدْخَالِ في دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَكُونُ مُسْلِمًا لِأَنَّهُمَا في دَارَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وَاخْتِلَافُ الدَّارِ يَمْنَعُ التَّبَعِيَّةَ في الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
ثُمَّ إنَّمَا تُعْتَبَرُ تَبَعِيَّةُ الْأَبَوَيْنِ وَالدَّارِ إذَا لم يُسْلِمْ بِنَفْسِهِ وهو يَعْقِلُ الْإِسْلَامَ فَأَمَّا إذَا أَسْلَمَ وهو يَعْقِلُ الْإِسْلَامَ فَلَا تُعْتَبَرُ التَّبَعِيَّةُ وَيَصِحُّ إسْلَامُهُ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِحُّ
وَاحْتَجَّ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رُفِعَ الْقَلَمُ عن ثَلَاثَةٍ عن الصَّبِيِّ حتى يَحْتَلِمَ وَعَنْ الْمَجْنُونِ حتى يُفِيقَ وَعَنْ النَّائِمِ حتى يَسْتَيْقِظَ
أَخْبَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّ الصَّبِيَّ مَرْفُوعُ الْقَلَمِ وَالْفِقْهُ مُسْتَنْبَطٌ منه وهو أَنَّ الصَّبِيَّ لو صَحَّ إسْلَامُهُ إمَّا أَنْ يَصِحَّ فَرْضًا وَإِمَّا أَنْ يَصِحَّ نَفْلًا وَمَعْلُومٌ أَنَّ التَّنَفُّلَ بِالْإِسْلَامِ مُحَالٌ وَالْفَرْضِيَّةُ بِخِطَابِ الشَّرْعِ وَالْقَلَمُ عنه مَرْفُوعٌ وَلِأَنَّ صِحَّةَ الْإِسْلَامِ من الْأَحْكَامِ الضَّارَّةِ فإنه سَبَبُ لِحِرْمَانِ الْمِيرَاثِ وَالنَّفَقَةِ وَوُقُوعِ الْفَرْقِ بين الزَّوْجَيْنِ وَالصَّبِيُّ ليس من أَهْلِ التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ وَلِهَذَا لم يَصِحَّ طَلَاقُهُ وَعِتَاقُهُ ولم يَجِبْ عليه الصَّوْمُ وَالصَّلَاةُ فَلَا يَصِحُّ إسْلَامُهُ
وَلَنَا أَنَّهُ آمَنَ بِاَللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عن غَيْبٍ فَيَصِحُّ إيمَانُهُ كَالْبَالِغِ
وَهَذَا لِأَنَّ الْإِيمَانَ عِبَارَةٌ عن التَّصْدِيقِ لُغَةً وَشَرْعًا
وهو تَصْدِيقُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى في جَمِيعِ ما أَنْزَلَ على رُسُلِهِ
أو تَصْدِيقُ رُسُلِهِ في جَمِيعِ ما جَاءُوا بِهِ عن اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وقد وُجِدَ ذلك منه لِوُجُودِ دَلِيلِهِ وهو إقْرَارُ الْعَاقِلِ وَخُصُوصًا عن طَوْعٍ فَتُرَتَّبُ عليه الْأَحْكَامُ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ على وُجُودِ الْإِيمَانِ حَقِيقَةً
قال اللَّهُ تعالى (((تبارك))) { وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حتى يُؤْمِنُوا }

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَرِثُ الْمُؤْمِنُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُؤْمِنَ
وَقَوْلُهُ إنَّهُ مَرْفُوعُ الْقَلَمِ قُلْنَا نعم في الْفُرُوعِ الشَّرْعِيَّةِ
فَأَمَّا في الْأُصُولِ الْعَقْلِيَّةِ فَمَمْنُوعٌ
وَوُجُوبُ الْإِيمَانِ من الْأَحْكَامِ الْعَقْلِيَّةِ فَيَجِبُ على كل عَاقِلٍ
وَالْحَدِيثُ يُحْمَلُ على الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ
وَبِهِ نَقُولُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا أَحْكَامُ الْإِيمَانِ فَنَقُولُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ لِلْإِيمَانِ حُكْمَانِ
أَحَدُهُمَا يَرْجِعُ إلَى الْآخِرَةِ
وَالثَّانِي يَرْجِعُ إلَى الدُّنْيَا
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْآخِرَةِ فَكَيْنُونَةُ الْمُؤْمِنِ من أَهْلِ الْجَنَّةِ إذَا خَتَمَ عليه قال اللَّهُ تَعَالَى { من جاء بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ خَيْرٌ منها }

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الدُّنْيَا فَعِصْمَةُ النَّفْسِ وَالْمَالِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ الناس حتى يَقُولُوا لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ فإذا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إلَّا بِحَقِّهَا
إلَّا أَنَّ عِصْمَةَ النَّفْسِ تَثْبُتُ مَقْصُودَةً وَعِصْمَةُ الْمَالِ تَثْبُتُ تَابِعَةً لِعِصْمَةِ النَّفْسِ إذْ النَّفْسُ أَصْلٌ في التَّخَلُّقِ وَالْمَالُ خُلِقَ بَذْلُهُ لِلنَّفْسِ اسْتِبْقَاءً لها
فَمَتَى ثَبَتَتْ عِصْمَةُ النَّفْسِ ثَبَتَتْ عِصْمَةُ الْمَالِ تَبَعًا إلَّا إذَا وُجِدَ الْقَاطِعُ لِلتَّبَعِيَّةِ على م نَذْكُرُ
فَعَلَى هذا إذَا أَسْلَمَ أَهْلُ بَلْدَةٍ من أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ قبل أَنْ يَظْهَرَ عليهم الْمُسْلِمُونَ حَرُمَ قَتْلُهُمْ وَلَا سَبِيلَ لِأَحَدٍ على أَمْوَالِهِمْ على ما قُلْنَا
وقد رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال من أَسْلَمَ على مَالٍ فَهُوَ له
وَلَوْ أَسْلَمَ حَرْبِيٌّ في دَارِ الْحَرْبِ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أو خَطَأً فَلَا شَيْءَ عليه إلَّا الْكَفَّارَةُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ عليه الدِّيَةُ في الْخَطَأِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ عليه الدِّيَةُ مع الْكَفَّارَةِ في الْخَطَأِ وَالْقِصَاصُ في الْعَمْدِ وَاحْتَجَّا بِالْعُمُومَاتِ الْوَارِدَةِ في بَابِ الْقِصَاصِ وَالدِّيَةِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين مُؤْمِنٍ قُتِلَ في دَارِ الْإِسْلَامِ أو في دَارِ الْحَرْبِ
وَلَنَا قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَإِنْ كان من قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وهو مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ } أَوْجَبَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْكَفَّارَةَ وَجَعَلَهَا كُلَّ مُوجِبِ قَتْلِ الْمُؤْمِنِ الذي هو من قَوْمٍ عَدُوٍّ لنا لِأَنَّهُ جَعَلَهُ جَزَاءً وَالْجَزَاءُ ينبىء عن الْكِفَايَةِ فَاقْتَضَى وُقُوعَ الْكِفَايَةِ بها عَمَّا سِوَاهَا من الْقِصَاصِ وَالدِّيَةِ جميعا وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ لم يُشْرَعْ إلَّا لِحِكْمَةِ الْحَيَاةِ
قال اللَّهُ تَعَالَى { وَلَكُمْ في الْقِصَاصِ حَيَاةٌ } وَالْحَاجَةُ إلَى الْإِحْيَاءِ عِنْدَ قَصْدِ الْقَتْلِ لِعَدَاوَةٍ حَامِلَةٍ عليه وَلَا يَكُونُ ذلك إلَّا عِنْدَ الْمُخَالَطَةِ وَلَوْ لم تُوجَدْ ههنا
وَعَلَى هذا إذَا أَسْلَمَ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا حتى ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ على الدَّارِ فما كان في يَدِهِ من الْمَقْتُولِ فَهُوَ له وَلَا يَكُونُ فَيْئًا إلَّا عَبْدًا يُقَاتِلُ فإنه يَكُون فَيْئًا لِأَنَّ نَفْسَهُ اسْتَفَادَتْ الْعِصْمَةَ بِالْإِسْلَامِ وَمَالُهُ الذي في يَدِهِ تَابِعٌ له من كل وَجْهٍ

فَكَانَ مَعْصُومًا تَبَعًا لِعِصْمَةِ النَّفْسِ إلَّا عَبْدًا يُقَاتِلُ لِأَنَّهُ إذَا قَاتَلَ فَقَدْ خَرَجَ مِن يَدِ الْمَوْلَى فلم يَبْقَ تَبَعًا له فَانْقَطَعَتْ الْعِصْمَةُ لِانْقِطَاعِ التَّبَعِيَّةِ فَيَكُون مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ بِالِاسْتِيلَاءِ وَكَذَلِكَ ما كان في يَدِ مُسْلِمٍ أو ذِمِّيٍّ وَدِيعَةً له فَهُوَ له وَلَا يَكُونُ فَيْئًا

لِأَنَّ يَدَ الْمُودِعِ يَدُهُ من وَجْهٍ من حَيْثُ إنَّهُ يَحْفَظُ الْوَدِيعَةَ له وَيَدُ نَفْسِهِ من حَيْثُ الْحَقِيقَةُ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعْصُومٌ فَكَانَ ما في يَدِهِ مَعْصُومًا فَلَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ

وَأَمَّا ما كان في يَدِ حَرْبِيٍّ وَدِيعَةً فَيَكُونُ فَيْئًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَكُونُ له لِأَنَّ يَدَ الْمُودِعِ يَدُهُ فَكَانَ مَعْصُومًا

وَالصَّحِيحُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ من حَيْثُ إنَّهُ يَحْفَظُ له تَكُونُ يَدُهُ فَيَكُونُ تَبَعًا له فَيَكُونُ مَعْصُومًا

وَمِنْ حَيْثُ الْحَقِيقَةُ لَا يَكُونُ مَعْصُومًا لِأَنَّ نَفْسَ الْحَرْبِيِّ غَيْرُ مَعْصُومَةٍ فَوَقَعَ الشَّكُّ في الْعِصْمَةِ فَلَا تَثْبُتُ الْعِصْمَةُ مع الشَّكِّ

وَكَذَا عَقَارُهُ يَكُونُ فَيْئًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ هو وَالْمَنْقُولُ سَوَاءٌ وَالصَّحِيحُ قَوْلُهُمَا لِأَنَّهُ من حَيْثُ إنَّهُ يَتَصَرَّفُ فيه بِحَسَبِ مَشِيئَتِهِ يَكُونُ في يَدِهِ فَيَكُونُ تَبَعًا له ومن حَيْثُ إنَّهُ مُحْصَنٌ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ليس في يَدِهِ فَلَا يَكُونُ تَبَعًا له فَلَا تَثْبُتُ الْعِصْمَةُ مع الشَّكِّ

وَأَمَّا أَوْلَادُهُ الصِّغَارُ فَأَحْرَارٌ مُسْلِمُونَ تَبَعًا له وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ وَامْرَأَتُهُ يَكُونُونَ فَيْئًا لِأَنَّهُمْ في حُكْمِ أَنْفُسِهِمْ لِانْعِدَامِ التَّبَعِيَّةِ

وَأَمَّا الْوَلَدُ الذي في الْبَطْنِ فَهُوَ مُسْلِمٌ تَبَعًا لِأَبِيهِ وَرَقِيقٌ تَبَعًا لِأُمِّهِ

وَفِيهِ إشْكَالٌ

وهو أَنَّ هذا إنْشَاءُ الرِّقِّ على الْمُسْلِمِ وَأَنَّهُ مَمْنُوعٌ

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُمْتَنِعَ إنْشَاءُ الرِّقِّ على من هو مُسْلِمٌ حَقِيقَةً لَا على من له حُكْمُ الْوُجُودِ وَالْإِسْلَامُ شَرْعًا

هذا إذَا أَسْلَمَ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا فَظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ على الدَّارِ فَلَوْ أَسْلَمَ وَهَاجَرَ إلَيْنَا ثُمَّ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ على الدَّارِ

أَمَّا أَمْوَالُهُ فما كان في يَدِ مُسْلِمٍ أو ذِمِّيٍّ وَدِيعَةً فَهُوَ له وَلَا يَكُونُ فَيْئًا لِمَا ذَكَرْنَا وما سِوَى ذلك فَهُوَ فَيْءٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَيْضًا

وَقِيلَ ما كان في يَدِ حَرْبِيٍّ وَدِيعَةً فَهُوَ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا

وَأَمَّا أَوْلَادُهُ الصِّغَارُ فَيُحْكَمُ بإسلامهم (((بإسلامه))) تَبَعًا لِأَبِيهِمْ وَلَا يُسْتَرَقُّونَ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَمْنَعُ إنْشَاءَ الرِّقِّ إلَّا رِقًّا ثَبَتَ حُكْمًا بِأَنْ كان الْوَلَدُ في بَطْنِ الْأُمِّ وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ فَيْءٌ لِأَنَّهُمْ في حُكْمِ أَنْفُسِهِمْ فَلَا يَكُونُونَ مُسْلِمِينَ بِإِسْلَامِ أَبِيهِمْ وَكَذَلِكَ زَوْجَتُهُ وَالْوَلَدُ الذي في الْبَطْنِ يَكُونُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِأَبِيهِ وَرَقِيقًا تَبَعًا لِأُمِّهِ

وَلَوْ دخل الْحَرْبِيُّ دَارَ الْإِسْلَامِ ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ على الدَّارِ فَجَمِيعُ مَالِهِ وَأَوْلَادِهِ الصِّغَارِ وَالْكِبَارِ وَامْرَأَتِهِ وما في بَطْنِهَا فَيْءٌ لِمَا لم يُسْلِمْ في دَارِ الْحَرْبِ حتى خَرَجَ إلَيْنَا لم تَثْبُتْ الْعِصْمَةُ لِمَالِهِ لِانْعِدَامِ عِصْمَةِ النَّفْسِ فَبَعْدَ ذلك وَإِنْ صَارَتْ مَعْصُومَةً لَكِنْ بَعْدَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَأَنَّهُ يُمْنَعُ ثُبُوتَ التَّبَعِيَّةِ

وَلَوْ دخل مُسْلِمٌ أو ذِمِّيٌّ دَارَ الْحَرْبِ فَأَصَابَ هُنَاكَ مَالًا ثُمَّ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ على الدَّارِ فَحُكْمُهُ وَحُكْمُ الذي

أَسْلَمَ من أَهْلِ الْحَرْبِ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا سَوَاءٌ
وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْأَمَانُ فَنَقُولُ الْأَمَانُ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ أَمَانٌ مُؤَقَّتٌ وَأَمَانٌ مُؤَبَّدٌ أَمَّا الْمُؤَقَّتُ فَنَوْعَانِ أَيْضًا أَحَدُهُمَا الْأَمَانُ الْمَعْرُوفُ وهو أَنْ يُحَاصِرَ الْغُزَاةُ مَدِينَةً أو حِصْنًا من حُصُونِ الْكَفَرَةِ فَيَسْتَأْمِنُهُمْ الْكُفَّارُ فَيُؤَمِّنُوهُمْ
وَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الْأَمَانِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْأَمَانِ وفي بَيَانِ صِفَتِهِ وفي بَيَانِ ما يَبْطُلُ بِهِ الْأَمَانُ
فَأَمَّا رُكْنُهُ فَهُوَ اللَّفْظُ الدَّالُّ على الْأَمَانِ نَحْوُ قَوْلِ الْمُقَاتِلِ أَمَّنْتُكُمْ أو أَنْتُمْ آمِنُونَ أو أَعْطَيْتُكُمْ الْأَمَانَ وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى
وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ في حَالِ يَكُونُ بِالْمُسْلِمِينَ ضَعْفٌ وَبِالْكَفَرَةِ قُوَّةٌ لِأَنَّ الْقِتَالَ فَرْضٌ وَالْأَمَانُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الْقِتَالِ فَيَتَنَاقَضُ إلَّا إذَا كان في حَالِ ضَعْفِ الْمُسْلِمِينَ وَقُوَّةِ الْكَفَرَةِ لِأَنَّهُ إذْ ذَاكَ يَكُونُ قِتَالًا مَعْنًى لِوُقُوعِهِ وَسِيلَةً إلَى الِاسْتِعْدَادِ لِلْقِتَالِ فَلَا يُؤَدِّي إلَى التَّنَاقُضِ
وَمِنْهَا الْعَقْلُ فَلَا يَجُوزُ أَمَانُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ الْعَقْلَ شَرْطُ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ
وَمِنْهَا الْبُلُوغُ وَسَلَامَةُ الْعَقْلِ عن الْآفَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ حتى إنَّ الصَّبِيَّ الْمُرَاهِقَ الذي يَعْقِلُ الْإِسْلَامَ وَالْبَالِغَ الْمُخْتَلِطَ الْعَقْلِ إذَا أَمَّنَ لَا يَصِحُّ عِنْدَ الْعَامَّةِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَصِحُّ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ أَهْلِيَّةَ الْأَمَانِ مَبْنِيَّةٌ على أَهْلِيَّةِ الْإِيمَانِ وَالصَّبِيُّ الذي يَعْقِلُ الْإِسْلَامَ من أَهْلِ الْإِيمَانِ فَيَكُونُ من أَهْلِ الْأَمَانِ كَالْبَالِغِ
وَلَنَا أَنَّ الصَّبِيَّ ليس من أَهْلِ حُكْمِ الْأَمَانِ فَلَا يَكُونُ من أَهْلِ الْأَمَانِ وَهَذَا لِأَنَّ حُكْمَ الْأَمَانِ حُرْمَةُ الْقِتَالِ وَخِطَابُ التَّحْرِيمِ لَا يَتَنَاوَلُهُ وَلِأَنَّ من شَرْطِ صِحَّةِ الْأَمَانِ أَنْ يَكُونَ بِالْمُسْلِمِينَ ضَعْفٌ وَبِالْكَفَرَةِ قُوَّةٌ وَهَذِهِ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ لَا يُوقَفُ عليها إلَّا بِالتَّأَمُّلِ وَالنَّظَرِ وَلَا يُوجَدُ ذلك من الصَّبِيِّ لِاشْتِغَالِهِ بِاللَّهْوِ وَاللَّعِبِ
وَمِنْهَا الْإِسْلَامُ فَلَا يَصِحُّ أَمَانُ الْكَافِرِ وَإِنْ كان يُقَاتِلُ مع الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ فَلَا تُؤْمَنُ خِيَانَتُهُ وَلِأَنَّهُ إذَا كان مُتَّهَمًا فَلَا يدرى أَنَّهُ بَنَى أَمَانَهُ على مُرَاعَاةِ مَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ من التَّفَرُّقِ عن حالة (((حال))) الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ أَمْ لَا فَيَقَعُ الشَّكُّ في وُجُودِ شَرْطِ الصِّحَّةِ فَلَا يَصِحُّ مع الشَّكِّ
وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْأَمَانِ فَيَصِحُّ أَمَانُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ في الْقِتَالِ بِالْإِجْمَاعِ وَهَلْ يَصِحُّ أَمَانُ الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عن الْقِتَالِ اُخْتُلِفَ فيه قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وأبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِحُّ وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِحُّ وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَجْهُ قَوْلِهِ ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ وَالذِّمَّةُ الْعَهْدُ وَالْأَمَانُ نَوْعُ عَهْدٍ وَالْعَبْدُ الْمُسْلِمُ أَدْنَى الْمُسْلِمِينَ فَيَتَنَاوَلُهُ الْحَدِيثُ وَلِأَنَّ حَجْرَ الْمَوْلَى يَعْمَلُ في التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ دُونَ النَّافِعَةِ بَلْ هو في التَّصَرُّفَاتِ النَّافِعَةِ غَيْرُ مَحْجُورٍ كَقَبُولِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَلَا مَضَرَّةَ لِلْمَوْلَى في أَمَانِ الْعَبْدِ بِتَعْطِيلِ مَنَافِعِهِ عليه لِأَنَّهُ يَتَأَدَّى في زَمَانٍ قَلِيلٍ بَلْ له وَلِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ فيه مَنْفَعَةٌ فَلَا يَظْهَرُ انْحِجَارُهُ عنه فَأَشْبَهَ الْمَأْذُونَ بِالْقِتَالِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْأَصْلَ في الْأَمَانُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّ الْقِتَالَ فَرْضٌ وَالْأَمَانُ يُحَرِّمُ الْقِتَالَ إلَّا إذَا وَقَعَ في حَالِ يَكُونُ بِالْمُسْلِمِينَ ضَعْفٌ وَبِالْكَفَرَةِ قُوَّةٌ لِوُقُوعِهِ وَسِيلَةً إلَى الِاسْتِعْدَادِ لِلْقِتَالِ في هذه الْحَالَةِ فَيَكُونُ قِتَالًا مَعْنًى إذْ الْوَسِيلَةُ إلَى الشَّيْءِ حُكْمُهَا حُكْمُ ذلك الشَّيْءِ وَهَذِهِ حَالَةٌ لَا تُعْرَفُ إلَّا بِالتَّأَمُّلِ وَالنَّظَرِ

فِي حَالِ الْمُسْلِمِينَ في قُوَّتِهِمْ وَضَعْفِهِمْ وَالْعَبْدُ الْمَحْجُورُ لِاشْتِغَالِهِ بِخِدْمَةِ الْمَوْلَى لَا يَقِفُ عَلَيْهِمَا فَكَانَ أَمَانُهُ تَرْكًا لِلْقِتَالِ الْمَفْرُوضِ صُورَةً وَمَعْنًى فَلَا يَجُوزُ فَبِهَذَا فَارَقَ الْمَأْذُونَ لِأَنَّ الْمَأْذُونَ بِالْقِتَالِ يَقِفُ على هذه الْحَالَةِ فَيَقَعُ أَمَانُهُ وَسِيلَةً إلَى الْقِتَالِ فَكَانَ إقَامَةً لِلْفَرْضِ مَعْنًى فَهُوَ الْفَرْقُ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلَا يَتَنَاوَلُ الْمَحْجُورَ لِأَنَّ الْأَدْنَى إمَّا أَنْ يَكُونَ من الدَّنَاءَةِ وَهِيَ الْخَسَاسَةُ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ من الدُّنُوِّ وهو الْقُرْبُ
وَالْأَوَّلُ ليس بِمُرَادٍ لِأَنَّ الحديث يَتَنَاوَلُ الْمُسْلِمِينَ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَلَا خَسَاسَةَ مع الْإِسْلَامِ
وَالثَّانِي لَا يَتَنَاوَلُ الْمَحْجُورَ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ في صَفِّ الْقِتَالِ فَلَا يَكُونُ أَقْرَبَ إلَى الْكَفَرَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَكَذَلِكَ الذُّكُورَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَيَصِحُّ أَمَانُ الْمَرْأَةِ لِأَنَّهَا بِمَا مَعَهَا من الْعَقْلِ لَا تَعْجِزُ عن الْوُقُوفِ على حَالِ الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ وقد رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَتَنَا زَيْنَبَ بِنْتَ النبي الْمُكَرَّمِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَّنَتْ زَوْجَهَا أَبَا الْعَاصِ رضي اللَّهُ عنه وَأَجَازَ رسول اللَّهِ أَمَانَهَا
وَكَذَلِكَ السلام (((السلامة))) عن الْعَمَى وَالزَّمَانَةِ وَالْمَرَضِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَيَصِحُّ أَمَانُ الْأَعْمَى وَالزَّمِنِ وَالْمَرِيضِ لِأَنَّ الْأَصْلَ في صِحَّةِ الْأَمَانِ صُدُورُهُ عن رَأْيٍ وَنَظَرٍ في الْأَحْوَالِ الْخَفِيَّةِ من الضَّعْفِ وَالْقُوَّةِ وَهَذِهِ

الْعَوَارِضُ لَا تَقْدَحُ فيه ولايجوز أَمَانُ التَّاجِرِ في دَارِ الْحَرْبِ وَالْأَسِيرِ فيها وَالْحَرْبِيِّ الذي أَسْلَمَ هُنَاكَ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ لَا يَقِفُونَ على حَالِ الْغُزَاةِ من الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ فَلَا يَعْرِفُونَ لِلْأَمَانِ مَصْلَحَةً وَلِأَنَّهُمْ مُتَّهَمُونَ في حَقِّ الْغُزَاةِ لِكَوْنِهِمْ مَقْهُورِينَ في أَيْدِي الْكَفَرَةِ
وَكَذَلِكَ الْجَمَاعَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَيَصِحُّ أَمَانُ الْوَاحِدِ لِقَوْلِهِ عليه السلام وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ وَلِأَنَّ الْوُقُوفَ على حَالَةِ الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ لَا يَقِفُ على رَأْيِ الْجَمَاعَةِ فَيَصِحُّ من الْوَاحِدِ وَسَوَاءٌ أَمَّنَ جَمَاعَةً كَثِيرَةً أو قَلِيلَةً أو أَهْلَ مِصْرٍ أو قَرْيَةٍ فَذَلِكَ جَائِزٌ
وَأَمَّا حُكْمُ الْأَمَانِ فَهُوَ ثُبُوتُ الْأَمْنِ لِلْكَفَرَةِ لِأَنَّ لَفْظَ الْأَمَانِ يَدُلُّ عليه وهو قَوْلُهُ أَمَّنْتُ فَثَبَتَ الْأَمْنُ لهم عن الْقَتْلِ وَالسَّبْيِ وَالِاسْتِغْنَام فَيَحْرُمُ على الْمُسْلِمِينَ قَتْلُ رِجَالِهِمْ وَسَبْيُ نِسَائِهِمْ وَذَرَارِيِّهِمْ وَاسْتِغْنَامُ أَمْوَالِهِمْ
وَأَمَّا صِفَتُهُ فَهُوَ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ حتى لو رَأَى الْإِمَامُ الْمَصْلَحَةَ في النَّقْضِ يَنْقُضُ لِأَنَّ جَوَازَهُ مع أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَرْكَ الْقِتَالِ الْمَفْرُوضِ كان لِلْمَصْلَحَةِ فإذا صَارَتْ الْمَصْلَحَةُ في النَّقْضِ نَقَضَ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يُنْتَقَضُ بِهِ الْأَمَانُ فَالْأَمْرُ فيه لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن كان الْأَمَانُ مُطْلَقًا وَإِمَّا إن كان مُؤَقَّتًا إلَى وَقْتٍ مَعْلُومٍ فَإِنْ كان مُطْلَقًا فَانْتِقَاضُهُ يَكُونُ بِطَرِيقَيْنِ أَحَدُهُمَا نَقْضُ الْإِمَامِ فإذا نَقَضَ الْإِمَامُ انْتَقَضَ لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يُخْبِرَهُمْ بِالنَّقْضِ ثُمَّ يُقَاتِلَهُمْ لِئَلَّا يَكُونَ منهم غَدْرٌ في الْعَهْدِ
وَالثَّانِي أَنْ يَجِيءَ أَهْلُ الْحِصْنِ بِالْأَمَانِ إلى الإمام فَيَنْقُضَ وإذا جاؤا الْإِمَامَ بِالْأَمَانِ يَنْبَغِي أَنْ يَدْعُوَهُمْ إلَى الْإِسْلَامِ فَإِنْ أَبَوْا فَإِلَى الذِّمَّةِ فَإِنْ أَبَوْا رَدَّهُمْ إلَى مَأْمَنِهِمْ ثُمَّ قَاتَلَهُمْ احْتِرَازًا عن الْغَدْرِ فَإِنْ أبو (((أبوا))) الْإِسْلَامَ

وَالْجِزْيَةَ وَأَبَوْا أَنْ يَلْحَقُوا بِمَأْمَنِهِمْ فإن الْإِمَامَ يُؤَجِّلُهُمْ على ما يَرَى فَإِنْ رَجَعُوا إلَى مَأْمَنِهِمْ في الْأَجَلِ الْمَضْرُوبِ وَإِلَّا صَارُوا ذِمَّةً لَا يُمَكَّنُونَ بَعْدَ ذلك أَنْ يَرْجِعُوا إلَى مَأْمَنِهِمْ لِأَنَّ مَقَامَهُمْ بَعْدَ الْأَجَلِ الْمَضْرُوبِ الْتِزَامُ الذِّمَّةِ دَلَالَةً وَإِنْ كان الْأَمَانُ مُؤَقَّتًا إلَى وَقْتٍ مَعْلُومٍ يَنْتَهِي بِمُضِيِّ الْوَقْتِ من غَيْرِ الْحَاجَةِ إلَى النَّقْضِ وَلَهُمْ أَنْ يُقَاتِلُوهُمْ إلَّا إذَا دخل وَاحِدٌ منهم دَارَ الْإِسْلَامِ فَمَضَى الْوَقْتُ وهو فيه فَهُوَ آمِنٌ حتى يَرْجِعَ إلَى مَأْمَنِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

هذا حَاصَرَ الْغُزَاةُ مَدِينَةً أو حِصْنًا من حُصُونِ الْكَفَرَةِ فجاؤا (((فجاءوا))) فَاسْتَأْمَنُوهُمْ فَأَمَّا إذَا اسْتَنْزَلُوهُمْ عن الْحُكْمِ فَهَذَا على وَجْهَيْنِ إمَّا إن اسْتَنْزَلُوهُمْ على حُكْمِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى

وَإِمَّا إن اسْتَنْزَلُوهُمْ على حُكْمِ الْعِبَادِ بِأَنْ اسْتَنْزَلُوهُمْ على حُكْمِ رَجُلٍ فَإِنْ اسْتَنْزَلُوهُمْ على حُكْمِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جَازَ إنْزَالُهُمْ عليه عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَالْخِيَارُ إلَى الْإِمَام إنْ شَاءَ قَتَلَ مُقَاتِلَتَهُمْ وَسَبَى نِسَاءَهُمْ وَذَرَارِيَّهُمْ وَإِنْ شَاءَ سَبَى الْكُلَّ وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُمْ ذِمَّةً وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ الْإِنْزَالُ على حُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجُوزُ قَتْلُهُمْ وَاسْتِرْقَاقُهُمْ وَلَكِنَّهُمْ يُدْعَوْنَ إلَى الْإِسْلَامِ فَإِنْ أَبَوْا جُعِلُوا ذِمَّةً

وَاحْتَجَّ مُحَمَّدٌ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال في وَصَايَا الْأُمَرَاءِ عِنْدَ بَعْثِ الْجَيْشِ وإذا حَاصَرْتُمْ مَدِينَةً أو حِصْنًا فَإِنْ أَرَادُوا أَنْ تُنْزِلُوهُمْ على حُكْمِ اللَّهِ عز وجل فَإِنَّكُمْ لَا تَدْرُونَ ما حُكْمُ اللَّهِ تَعَالَى فِيهِمْ نهى رسول اللَّهِ عن الْإِنْزَالِ على حُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَنَبَّهَ عليه السلام على الْمَعْنَى وهو أَنَّ حُكْمَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى غَيْرُ مَعْلُومٍ فَكَانَ الْإِنْزَالُ على حُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى من الْإِمَامِ قَضَاءً بِالْمَجْهُولِ وأنه لَا يَصِحُّ وإذا لم يَصِحَّ الْإِنْزَالُ على حُكْمِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فَيُدْعَوْنَ إلَى الْإِسْلَامِ فَإِنْ أَجَابُوا فَهُمْ أَحْرَارٌ مُسْلِمُونَ لَا سَبِيلَ على أَنْفُسِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ وَإِنْ أَبَوْا لَا يَقْتُلُهُمْ الْإِمَامُ وَلَا يَسْتَرِقُّهُمْ وَلَكِنْ يَجْعَلُهُمْ ذِمَّةً فَإِنْ طَلَبُوا من الْإِمَامِ أَنْ يُبْلِغَهُمْ مَأْمَنَهُمْ لم يُجِبْهُمْ إلَيْهِ لِأَنَّهُ لو رَدَّهُمْ إلَى مَأْمَنِهِمْ لَصَارُوا حَرْبًا لنا

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الِاسْتِنْزَالَ على حُكْمِ اللَّهِ عز وجل هو الِاسْتِنْزَالُ على الْحُكْمِ الْمَشْرُوعِ لِلْمُسْلِمِينَ في حَقِّ الْكَفَرَةِ وَالْقَتْلُ وَالسَّبْيُ وَعَقْدُ الذِّمَّةِ كُلُّ ذلك حُكْمٌ مَشْرُوعٌ في حَقِّهِمْ فَجَازَ الْإِنْزَالُ عليه قَوْلُهُ إنَّ ذلك مَجْهُولٌ لَا يَدْرِي الْمُنْزَلَ عليه أَيُّ حُكْمٍ هو قُلْنَا نعم لَكِنْ يُمْكِنُ الْوُصُولُ إلَيْهِ وَالْعِلْمُ بِهِ لِوُجُودِ سَبَبِ الْعِلْمِ وهو الِاخْتِيَارُ وَهَذَا لَا يَكْفِي لِجَوَازِ الْإِنْزَالِ عليه كما قُلْنَا في الْكَفَّارَاتِ أن الْوَاجِبَ أَحَدُ الْأَشْيَاءِ الثلاث (((الثلاثة))) وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ ثُمَّ لم يَمْنَعْ ذلك وُقُوعَ تَعَلُّقِ التَّكْلِيفِ بِهِ لِوُجُودِ سَبَبِ الْعِلْمِ بِهِ وهو اخْتِيَارُ الْكُفْرِ الْمُكَلَّفُ كَذَا هذا يَدُلُّ عليه أن يَجُوزُ الْإِنْزَالُ على حُكْمِ الْعِبَادِ بِالْإِجْمَاعِ والإنزال على حُكْمِ الْعِبَادِ إنْزَالٌ على حُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى حَقِيقَةً إذْ الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ إنْشَاءَ الْحُكْمِ من نَفْسِهِ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَلَا يُشْرِكُ في حُكْمِهِ أَحَدًا }

وقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { إنْ الْحُكْمُ إلَّا لِلَّهِ } وَلَكِنَّهُ يُظْهِرُ حُكْمَ اللَّهِ عز وجل الْمَشْرُوعَ في الْحَادِثَةِ وَلِهَذَا قال رسول اللَّهِ لِسَعْدِ بن مُعَاذٍ رضي اللَّهُ عنه لقد حَكَمْتَ

بِحُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى من فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقِعَةٍ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَصْرُوفٌ إلَى زَمَانِ جَوَازِ وُرُودِ النَّسْخِ وهو حَالُ حَيَاةِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِانْعِدَامِ اسْتِقْرَارِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ في حَيَاتِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِئَلَّا يَكُونَ الْإِنْزَالُ على الْحُكْمِ الْمَنْسُوخِ عَسَى لِاحْتِمَالِ النَّسْخِ فِيمَا بين ذلك وقد انْعَدَمَ هذا الْمَعْنَى بَعْدَ وَفَاتِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِخُرُوجِ الْأَحْكَامِ عن احْتِمَالِ النَّسْخِ بِوَفَاتِهِ
وإذا جَازَ الْإِنْزَالُ على حُكْمِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عِنْدَ أبي يُوسُفَ فَالْخِيَارُ فيه إلَى الْإِمَامِ فَأَيُّمَا كان أَفْضَلَ لِلْمُسْلِمِينَ من الْقَتْلِ وَالسَّبْيِ وَالذِّمَّةِ فَعَلَ لِأَنَّ كُلَّ ذلك حُكْمُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمَشْرُوعُ لِلْمُسْلِمِينَ في حَقِّ الْكَفَرَةِ فَإِنْ أَسْلَمُوا قبل الِاخْتِيَارِ فَهُمْ أَحْرَارٌ مُسْلِمُونَ لَا سَبِيلَ لِأَحَدٍ عليهم وَعَلَى أَمْوَالِهِمْ وَالْأَرْضُ لهم وَهِيَ عُشْرِيَّةٌ
وَكَذَلِكَ إذَا جَعَلَهُمْ ذِمَّةً فَهُمْ أَحْرَارٌ وَيَضَعُ على أَرَاضِيهِمْ الْخَرَاجَ فَإِنْ أَسْلَمُوا قبل تَوْظِيفِ الْخَرَاجِ صَارَتْ عُشْرِيَّةً
هذا إذَا كان الْإِنْزَالُ على حُكْمِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فَأَمَّا إذَا كان على حُكْمِ الْعِبَادِ بِأَنْ اسْتَنْزَلُوهُمْ على حُكْمِ رَجُلٍ فَهَذَا لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن اسْتَنْزَلُوهُمْ على حُكْمِ رَجُلٍ مُعَيَّنٍ بِأَنْ قالوا على حُكْمِ فُلَانٍ لِرَجُلٍ سَمَّوْهُ وَإِمَّا إن اسْتَنْزَلُوهُمْ على حُكْمِ رَجُلٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ فَإِنْ كان الِاسْتِنْزَالُ على حُكْمِ رَجُلٍ مُعَيَّنٍ فَنَزَلُوا على حُكْمِهِ فَحَكَمَ عليهم بِشَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا وهو رَجُلٌ عَاقِلٌ مُسْلِمٌ عَدْلٌ غَيْرُ مَحْدُودٍ في قَذْفٍ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ بَنِي قُرَيْظَةَ لَمَّا حَاصَرَهُمْ رسول اللَّهِ خَمْسًا وَعِشْرِينَ لَيْلَةً اسْتَنْزَلُوا على حُكْمِ سَعْدِ بن مُعَاذٍ فَحَكَمَ سَعْدٌ أَنْ تُقْتَلَ رِجَالُهُمْ وَتُقْسَمَ أَمْوَالُهُمْ وَتُسْبَى نِسَاؤُهُمْ وَذَرَارِيُّهُمْ فقال رسول اللَّهِ لقد حَكَمْتَ بِحُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى من فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقِعَةً فَقَدْ اسْتَصْوَبَ رسول اللَّهِ حُكْمَهُ حَيْثُ أَخْبَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّ ما حَكَمَ بِهِ حُكْمُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لِأَنَّ حُكْمَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَا يَكُونُ إلَّا صَوَابًا
وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ بِرَدِّهِمْ إلَى دَارِ الْحَرْبِ فَإِنْ حَكَمَ فَهُوَ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ حُكْمٌ غَيْرُ مَشْرُوعٍ لِمَا بَيَّنَّا لِأَنَّهُمْ بِالرَّدِّ يَصِيرُونَ حَرْبِيِّينَ لنا
وَإِنْ كان الْحَاكِمُ عَبْدًا أو صَبِيًّا لم يَجُزْ حُكْمُهُ بِالْإِجْمَاعِ وإن كان فَاسِقًا أو مَحْدُودًا في الْقَذْفِ لم يَجُزْ حُكْمُهُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْفَاسِقَ يَصْلُحُ قَاضِيًا فَيَصْلُحُ حَكَمًا بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمَحْدُودَ في الْقَذْفِ لَا يَصْلُحُ حَكَمًا لِأَنَّهُ ليس من أَهْلِ الْوِلَايَةِ وَلِهَذَا لم يَصْلُحْ قَاضِيًا
وَكَذَا الْفَاسِقُ لَا يصح (((يصلح))) حَكَمًا وَإِنْ صَلَحَ قَاضِيًا لَكِنَّهُ لَا يَلْزَمُ قَضَاؤُهُ وَلِهَذَا لو رُفِعَتْ قَضِيَّةٌ إلَى قَاضٍ آخَرَ إنْ شَاءَ أَمْضَاهُ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ وَإِنْ كان ذِمِّيًّا جَازَ حُكْمُهُ في الْكَفَرَةِ لِأَنَّهُ من أَهْلِ الشَّهَادَةِ علي جِنْسِهِ وَإِنْ نَزَلُوا على حُكْمِ رَجُلٍ يَخْتَارُونَهُ فَاخْتَارُوا رَجُلًا فَإِنْ كان مَوْضِعًا لِلْحُكْمِ جَازَ حُكْمُهُ وَإِنْ كان غير مَوْضِعٍ لِلْحُكْمِ لَا يُقْبَلُ منهم حتى يَخْتَارُوا رَجُلًا مَوْضِعًا لِلْحُكْمِ فَإِنْ لم يَخْتَارُوا أَبْلَغَهُمْ الْإِمَامُ مَأْمَنَهُمْ لِأَنَّ النُّزُولَ كان على شَرْطٍ وهو حُكْمُ رَجُلٍ يَخْتَارُونَهُ فإذا لم يَخْتَارُوا فَقَدْ بَقُوا في يَدِ الْإِمَامِ بِالْأَمَانِ فَيَرُدُّهُمْ إلَى مَأْمَنِهِمْ إلَّا أَنَّهُ لَا يَرُدُّهُمْ إلَى حِصْنٍ هو أَحْصَنُ من الْأَوَّلِ وَلَا إلَى حَدٍّ يَمْتَنِعُونَ بِهِ لِأَنَّ الرَّدَّ إلَى الْمَأْمَنِ لِلتَّحَرُّجِ عن تَوَهُّمِ الْغُدْرِ وَأَنَّهُ يَحْصُلُ بِالرَّدِّ إلى ما كَانُوا عليه فَلَا ضَرُورَةَ في الرَّدِّ إلَى غَيْرِهِ وَإِنْ نَزَلُوا على حُكْمِ رَجُلٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ فَلِلْإِمَامِ أَنْ يُعَيِّنَ رَجُلًا صَالِحًا لِلْحُكْمِ فِيهِمْ أو يَحْكُمَ لِلْمُسْلِمِينَ بِنَفْسِهِ بِمَا هو أَفْضَلُ لهم

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَالثَّانِي الْمُوَادَعَةُ وَهِيَ الْمُعَاهَدَةُ وَالصُّلْحُ على تَرْكِ الْقِتَالِ يُقَالُ تَوَادَعَ الْفَرِيقَانِ أَيْ تَعَاهَدَا على أَنْ لَا يَغْزُوَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ وَالْكَلَامُ في الْمُوَادَعَةِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِهَا وَشَرْطِهَا وَحُكْمِهَا وَصِفَتِهَا وما يُنْتَقَضُ بِهِ أَمَّا رُكْنُهَا فَهُوَ لَفْظَةُ الْمُوَادَعَةِ أو الْمُسَالَمَةِ أو الْمُصَالَحَةِ أو الْمُعَاهَدَةِ أو ما يُؤَدِّي مَعْنَى هذه الْعِبَارَاتِ وَشَرْطُهَا الضَّرُورَةُ وَهِيَ ضَرُورَةُ اسْتِعْدَادِ الْقِتَالِ بِأَنْ كان بِالْمُسْلِمِينَ ضَعْفٌ وَبِالْكَفَرَةِ قُوَّةُ الْمُجَاوَزَةِ إلَى قَوْمٍ آخَرِينَ فَلَا تَجُوزُ عِنْدَ عَدَمِ الضَّرُورَةِ لِأَنَّ الْمُوَادَعَةَ تَرْكُ الْقِتَالِ الْمَفْرُوضِ فَلَا يَجُوزُ إلَّا في حَالٍ يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى الْقِتَالِ لِأَنَّهَا حِينَئِذٍ تَكُونُ قِتَالًا مَعْنًى
قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إلَى السَّلْمِ وَأَنْتُمْ الْأَعْلَوْنَ وَاَللَّهُ مَعَكُمْ } وَعِنْدَ تَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ لَا بَأْسَ بِهِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لها وَتَوَكَّلْ على اللَّهِ } وقد رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ وَادَعَ أَهْلَ مَكَّةَ عَامَ الْحُدَيْبِيَةِ على أَنْ تُوضَعَ الْحَرْبُ عَشْرَ سِنِينَ وَلَا يُشْتَرَطُ إذْنُ الْإِمَامِ بِالْمُوَادَعَةِ حتى لو وَادَعَهُمْ الْإِمَامُ أو فَرِيقٌ من الْمُسْلِمِينَ من غَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ جَازَتْ مُوَادَعَتُهُمْ لِأَنَّ الْمُعَوَّلَ عليه كَوْنُ عَقْدِ الْمُوَادَعَةِ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ وقد وُجِدَ
وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَأْخُذَ الْمُسْلِمُونَ على ذلك جُعْلًا لِأَنَّ ذلك في مَعْنَى الْجِزْيَةِ وَيُوضَعُ مَوْضِعَ الْخَرَاجِ في بَيْتِ الْمَالِ وَلَا بَأْسَ أَنْ يَطْلُبَ الْمُسْلِمُونَ الصُّلْحَ من الْكَفَرَةِ وَيُعْطُوا على ذلك مَالًا إذَا اُضْطُرُّوا إلَيْهِ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لها } أَبَاحَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لنا الصُّلْحَ مُطْلَقًا

فَيَجُوزُ بِبَدَلٍ أو غَيْرِ بَدَلٍ وَلِأَنَّ الصُّلْحَ على مَالٍ لِدَفْعِ شَرِّ الْكَفَرَةِ لِلْحَالِ وَالِاسْتِعْدَادِ لِلْقِتَالِ في الثَّانِي من بَابِ الْمُجَاهَدَةِ بِالْمَالِ وَالنَّفْسِ فَيَكُونُ جَائِزًا وَتَجُوزُ مُوَادَعَةُ الْمُرْتَدِّينَ إذَا غَلَبُوا على دَارٍ من دُورِ الْإِسْلَامِ وَخِيفَ منهم ولم تُؤْمَنْ غَائِلَتُهُمْ لِمَا فيه من مَصْلَحَةِ دَفْعِ الشَّرِّ لِلْحَالِ وَرَجَاءِ رُجُوعِهِمْ إلَى الْإِسْلَامِ وَتَوْبَتِهِمْ لا يُؤْخَذُ منهم على ذلك مَالٌ لِأَنَّ ذلك في مَعْنَى الْجِزْيَةِ وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجِزْيَةِ من الْمُرْتَدِّينَ فَإِنْ أَخَذَ منهم شيئا لَا يُرَدُّ لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُ مَعْصُومٍ أَلَا تَرَى أَنَّ أَمْوَالَهُمْ مَحَلٌّ لِلِاسْتِيلَاءِ كَأَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ
وَكَذَلِكَ الْبُغَاةُ تَجُوزُ مُوَادَعَتُهُمْ
لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَتْ مُوَادَعَةُ الْكَفَرَةِ فَلَأَنْ تَجُوزَ مُوَادَعَةُ الْمُسْلِمِينَ أَوْلَى
وَلَكِنْ لَا يُؤْخَذُ منهم على ذلك مَالٌ لِأَنَّ الْمَالَ الْمَأْخُوذَ على تَرْكِ الْقِتَالِ يَكُونُ في مَعْنَى الْجِزْيَةِ وَلَا تُؤْخَذُ الْجِزْيَةُ إلَّا من كَافِرٍ
وَأَمَّا حُكْمُ الْمُوَادَعَةِ فما (((فهو))) هو حُكْمُ الْأَمَانِ الْمَعْرُوفِ وهو أَنْ يَأْمَنَ الْمُوَادِعُونَ على أَنْفُسِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ وَنِسَائِهِمْ وَذَرَارِيِّهِمْ لِأَنَّهَا عَقْدُ أَمَانٍ أَيْضًا
وَلَوْ خَرَجَ قَوْمٌ من الْمُوَادِعِينَ إلَى بَلْدَةٍ أُخْرَى لَيْسَتْ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِينَ مُوَادَعَةٌ فَغَزَا الْمُسْلِمُونَ تِلْكَ الْبَلْدَةَ فَهَؤُلَاءِ آمِنُونَ لَا سَبِيلَ لِأَحَدٍ عليهم لِأَنَّ عَقْدَ الْمُوَادَعَةِ أَفَادَ الْأَمَانَ لهم فَلَا يُنْتَقَضُ بِالْخُرُوجِ إلَى مَوْضِعٍ آخَرَ كما في الْأَمَانِ الْمُؤَبَّدِ وهو عَقْدُ الذِّمَّةِ أنه لَا يَبْطُلُ بِدُخُولِ الذِّمِّيِّ دَارَ الْحَرْبِ

كَذَا هذا
وَكَذَلِكَ لو دخل في دَارِ الْمُوَادَعَةِ رَجُلٌ من غَيْرِ دارِهم (((دراهم))) بِأَمَانٍ ثُمَّ خَرَجَ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ أَمَانٍ فَهُوَ آمِنٌ لِأَنَّهُ لَمَّا دخل دَارَ الْمُوَادَعِينَ بِأَمَانِهِمْ صَارَ كَوَاحِدٍ من جُمْلَتِهِمْ فَلَوْ عَادَ إلَى دَارِهِ ثُمَّ دخل دَارَ الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ أَمَانٍ كان فَيْئًا لنا أَنْ نَقْتُلَهُ وَنَأْسِرَهُ لِأَنَّهُ لَمَّا رَجَعَ إلَى دَارِهِ فَقَدْ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ من أَهْلِ دَارِ الْمُوَادَعَةِ فَبَطَلَ حُكْمُ الْمُوَادَعَةِ في حَقِّهِ فإذا دخل دَارَ الْإِسْلَامِ فَهَذَا حَرْبِيٌّ دخل دَارَ الْإِسْلَامِ ابْتِدَاءً بِغَيْرِ أَمَانٍ
وَلَوْ أَسَرَ واحدا من الْمُوَادَعِينَ أَهْلَ دَارٍ أُخْرَى فَغَزَا الْمُسْلِمُونَ على تِلْكَ الدَّارِ كان فَيْئًا وقد ذَكَرْنَا أَنَّهُ لو دخل إلَيْهِمْ تَاجِرا (((تاجر))) فَهُوَ آمِنٌ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّهُ لَمَّا أَسَرَ فَقَدْ انْقَطَعَ حُكْمُ الْمُوَادَعَةِ في حَقِّهِ
وإذا دخل تَاجِرًا لم يَنْقَطِعْ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا صِفَةُ عَقْدِ الْمُوَادَعَةِ فَهُوَ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ مُحْتَمِلٌ لِلنَّقْضِ فَلِلْإِمَامِ أَنْ يَنْبِذَ إلَيْهِمْ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَإِمَّا تَخَافَنَّ من قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إلَيْهِمْ على سَوَاءٍ } فإذا وَصَلَ النَّبْذُ إلَى مَلِكِهِمْ فَلَا بَأْسَ لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ يَغْزُوا عليهم لِأَنَّ الْمَلِكَ يُبَلِّغُ قَوْمَهُ ظَاهِرًا إلَّا إذَا اسْتَيْقَنَ الْمُسْلِمُونَ أَنَّ خَبَرَ النَّبْذِ لم يَبْلُغْ قَوْمَهُ ولم يَعْلَمُوا بِهِ فَلَا أُحِبُّ أَنْ يَغْزُوا عليهم لِأَنَّ الْخَبَرَ إذَا لم يَبْلُغْهُمْ فَهُمْ على حُكْمِ الْأَمَانِ الْأَوَّلِ فَكَانَ قِتَالُهُمْ مِنَّا غَدْرًا وتعزيرا (((وتغريرا)))
وَكَذَلِكَ إذَا كان النَّبْذُ من جِهَتِهِمْ بِأَنْ أَرْسَلُوا إلَيْنَا رَسُولًا بِالنَّبْذِ وَأَخْبَرُوا الْإِمَامَ بِذَلِكَ فَلَا بَأْسَ لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ يَغْزُوا عليهم لِمَا قُلْنَا إلَّا إذَا اسْتَيْقَنَ الْمُسْلِمُونَ أَنَّ أَهْلَ نَاحِيَةٍ منهم لم يَعْلَمُوا بِذَلِكَ لِمَا بَيَّنَّا
وَلَوْ وَادَعَ الْإِمَامُ على جَعْلٍ أَخَذَهُ منهم ثُمَّ بَدَا له أَنْ يَنْقُضَ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلنَّقْضِ وَلَكِنْ يَبْعَثُ إلَيْهِمْ بِحِصَّةِ ما بَقِيَ من الْمُدَّةِ من الْجَعْلِ الذي أَخَذَهُ لِأَنَّهُمْ إنَّمَا أَعْطَوْهُ ذلك بِمُقَابَلَةِ الْأَمَانِ في كل الْمُدَّةِ فإذا فَاتَ بَعْضُهَا لَزِمَ الرَّدُّ بِقَدْرِ الْفَائِتِ
هذا إذَا وَقَعَ الصُّلْحُ على أَنْ يَكُونُوا مُسْتَبْقِينَ على أَحْكَامِ الْكُفْرِ فَأَمَّا إذَا وَقَعَ الصُّلْحُ على أَنَّهُ يُجْرِي عليهم أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فَهُوَ لَازِمٌ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ لِأَنَّ الصُّلْحَ الْوَاقِعَ على هذا الْوَجْهِ عَقْدُ ذِمَّةٍ فَلَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَنْبِذَ إلَيْهِمْ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يُنْتَقَضُ بِهِ عَقَدُ الْمُوَادَعَةِ فَالْجُمْلَةُ فيه أَنَّ عَقْدَ الْمُوَادَعَةِ إمَّا إن كان مُطْلَقًا عن الْوَقْتِ وَإِمَّا إن كان مُوَقَّتًا بِوَقْتٍ مَعْلُومٍ فَإِنْ كان مُطْلَقًا عن الْوَقْتِ فَالَّذِي يُنْتَقَضُ بِهِ نَوْعَانِ نَصٌّ وَدَلَالَةٌ فَالنَّصُّ هو النَّبْذُ من الْجَانِبَيْنِ صَرِيحًا
وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَهِيَ أَنْ يُوجَدَ منهم ما يَدُلُّ على النَّبْذِ نَحْوُ أَنْ يَخْرُجَ قَوْمٌ من دَارِ الْمُوَادَعَةِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَيَقْطَعُوا الطَّرِيقَ في دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ إذْنَ الْإِمَامِ بِذَلِكَ دَلَالَةُ النَّبْذِ
وَلَوْ خَرَجَ قَوْمٌ من غَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ فَقَطَعُوا الطَّرِيقَ في دَارِ الْإِسْلَامِ فَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً لَا مَنَعَةَ لهم لَا يَكُونُ ذلك نَقْضًا لِلْعَهْدِ لِأَنَّ قَطْعَ الطَّرِيقِ بِلَا مَنَعَةٍ لَا يَصْلُحُ دَلَالَةً لِلنَّقْضِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو نَصَّ وَاحِدٌ منهم على النَّقْضِ لَا يُنْتَقَضُ كما في الْأَمَانِ الْمُؤَبَّدِ وهو عَقْدُ الذِّمَّةِ وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً لهم مَنَعَةٌ فَخَرَجُوا بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ وَلَا إذْنِ أَهْلِ مَمْلَكَتِهِ

فَالْمَلِكُ وَأَهْلُ مَمْلَكَتِهِ على مُوَادَعَتِهِمْ لِانْعِدَامِ دَلَالَةِ النَّقْضِ في حَقِّهِمْ وَلَكِنْ يُنْتَقَضُ الْعَهْدُ فِيمَا بين الْقُطَّاعِ حتى يُبَاحَ قَتْلُهُمْ وَاسْتِرْقَاقُهُمْ لِوُجُودِ دَلِيلِ النَّقْضِ منهم وَإِنْ كان مُوَقَّتًا بِوَقْتٍ مَعْلُومٍ يَنْتَهِي الْعَهْدُ بِانْتِهَاءِ الْوَقْتِ من غَيْرِ الْحَاجَةِ إلَى النَّبْذِ حتى كان لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ يَغْزُوا عليهم لِأَنَّ الْعَقْدَ الْمُؤَقَّتَ إلَى غَايَةٍ يَنْتَهِي بِانْتِهَاءِ الْغَايَةِ من غَيْرِ الْحَاجَةِ إلَى النَّاقِضِ وَلَوْ كان وَاحِدٌ منهم دخل الْإِسْلَامَ بِالْمُوَادَعَةِ الْمُؤَقَّتَةِ فَمَضَى الْوَقْتُ وهو في دَارِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ آمِنٌ حتى يَرْجِعَ إلَى مَأْمَنِهِ لِأَنَّ التَّعَرُّضَ له يُوهِمُ الْغَدْرَ والتعزير (((والتغرير))) فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عنه ما أَمْكَنَ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا الْأَمَانُ الْمُؤَبَّدُ فَهُوَ الْمُسَمَّى بِعَقْدِ الذِّمَّةِ وَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الْعَقْدِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْعَقْدِ وفي بَيَانِ صِفَةِ الْعَقْدِ وفي بَيَانِ ما يُؤْخَذُ بِهِ أَهْلُ الذِّمَّةِ وما يَتَعَرَّضُ له وما لَا يَتَعَرَّضُ له

أَمَّا رُكْنُ الْعَقْدِ فَهُوَ نَوْعَانِ نَصٌّ وَدَلَالَةٌ

أَمَّا النَّصُّ فَهُوَ لَفْظٌ يَدُلُّ عليه وهو لَفْظُ الْعَهْدِ وَالْعَقْدِ على وَجْهٍ مَخْصُوصٍ وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَهِيَ فِعْلٌ يَدُلُّ على قَبُولِ الْجِزْيَةِ نَحْوُ أَنْ يَدْخُلَ حَرْبِيٌّ في دَارِ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ فَإِنْ أَقَامَ بها سَنَةً بعدما تَقَدَّمَ إلَيْهِ في أَنْ يَخْرُجَ أو يَكُونَ ذِمِّيًّا وَالْأَصْلُ أَنَّ الْحَرْبِيَّ إذَا دخل دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَتَقَدَّمَ إلَيْهِ فَيَضْرِبَ له مُدَّةً مَعْلُومَةً على حَسَبِ ما يَقْتَضِي رَأْيُهُ وَيَقُولَ له إنْ جَاوَزْتَ الْمُدَّةَ جَعَلْتُكَ من أَهْلِ الذِّمَّةِ فإذا جَاوَزَهَا صَارَ ذِمِّيًّا لِأَنَّهُ لَمَّا قال له ذلك فلم يَخْرُجْ حتى مَضَتْ الْمُدَّةُ فَقَدْ رضي بِصَيْرُورَتِهِ ذِمِّيًّا فإذا أَقَامَ سَنَةً من يَوْمِ قال له الْإِمَامُ أَخَذَ منه الْجِزْيَةَ وَلَا يَتْرُكُهُ يَرْجِعُ إلَى وَطَنِهِ قبل ذلك

وَإِنْ خَرَجَ بَعْدَ تَمَامِ السَّنَةِ فَلَا سَبِيلَ عليه

وَلَوْ قال الْإِمَامُ عِنْدَ الدُّخُولِ اُدْخُلْ وَلَا تَمْكُثْ سَنَةً فَمَكَثَ سَنَةً صَارَ ذِمِّيًّا وَلَا يُمَكَّنُ من الرُّجُوعِ إلَى وَطَنِهِ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ اشْتَرَى الْمُسْتَأْمَنُ أَرْضًا خَرَاجِيَّةً فإذا وَضَعَ عليه الْخَرَاجَ صَارَ ذِمِّيًّا لِأَنَّ وَظِيفَةَ الْخَرَّاجِ يَخْتَصُّ بِالْمُقَامِ في دَارِ الْإِسْلَامِ فإذا قَبِلَهَا فَقَدْ رضي بِكَوْنِهِ من أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ فَيَصِيرُ ذِمِّيًّا وَلَوْ بَاعَهَا قبل أَنْ يَجْبِيَ خَرَاجَهَا لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا لِأَنَّ دَلِيلَ قَبُولِ الذِّمَّةِ وُجُوبُ الْخَرَاجِ لَا نَفْسُ الشِّرَاءِ

فما لم يُوضَعْ عليه الْخَرَاجُ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا خَرَاجِيَّةً فَزَرَعَهَا لم يَصِرْ ذِمِّيًّا لِأَنَّ الْخَرَاجَ على الْآجِرِ دُونَ الْمُسْتَأْجِرِ فَلَا يَدُلُّ على الْتِزَامِ الذِّمَّةِ إلَّا إذَا كان خراج (((خراجا))) مُقَاسَمَةً

فإذا أَخْرَجَتْ الْأَرْضُ وَأَخَذَ الْإِمَامُ الْخَرَاجَ من الْخَارِجِ وَضَعَ عليه الْجِزْيَةَ وَجَعَلَهُ ذِمِّيًّا

وَلَوْ اشْتَرَى الْمُسْتَأْمَنُ أَرْضَ الْمُقَاسَمَةِ وَأَجَّرَهَا من رَجُلٍ من الْمُسْلِمِينَ فَأَخَذَ الْإِمَامُ الْخَرَاجَ من ذلك لَا يَصِيرُ الْمُسْتَأْمَنُ ذِمِّيًّا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ نَفْسَ الشِّرَاءِ لَا يَدُلُّ على الِالْتِزَامِ بَلْ دَلِيلُ الِالْتِزَامِ هو وُجُوبُ الْخَرَاجِ عليه ولم يَجِبْ

وَلَوْ اشْتَرَى الْحَرْبِيُّ الْمُسْتَأْمَنُ أَرْضَ خَرَاجٍ فَزَرَعَهَا فَأَخْرَجَتْ زَرْعًا فَأَصَابَ الزَّرْعَ آفَةٌ أنه لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا

لِأَنَّهُ إذَا أَصَابَ الزَّرْعَ آفَةٌ لم يَجِبْ الْخَرَاجُ فَصَارَ كَأَنَّهُ لم يَزْرَعْهَا فَبَقِيَ نَفْسُ الشِّرَاءِ وأنه لَا يَصْلُحُ دَلِيلَ قَبُولِ الذِّمَّةِ

وَلَوْ وَجَبَ علي الْمُسْتَأْمَنِ الْخَرَاجُ في أَقَلَّ من سَنَةٍ مُنْذُ يَوْمِ مَلَكَهَا صَارَ ذِمِّيًّا حين وُجُوبِ الْخَرَاجِ وَيُؤْخَذُ منه خَرَاجُ رَأْسِهِ بَعْدَ سَنَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ لِأَنَّهُ بِوُجُوبِ خَرَاجِ الْأَرْضِ صَارَ ذِمِّيًّا
كان عَقْدُ الذِّمَّةِ نَصًّا فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ الْعَقْدِ من حِينِ وُجُوبِ الْخَرَاجِ فَيُؤْخَذُ خَرَاجُ الرَّأْسِ بَعْدَ تَمَامِ السَّنَةِ من ذلك الْوَقْتِ
وَلَوْ تَزَوَّجَتْ الْحَرْبِيَّةُ الْمُسْتَأْمَنَةُ في دَارِ الْإِسْلَامِ ذِمِّيًّا صَارَتْ ذِمِّيَّةً وَلَوْ تَزَوَّجَ الْحَرْبِيُّ الْمُسْتَأْمَنُ في دَارِ الْإِسْلَامِ ذِمِّيَّةً لم يَصِرْ ذِمِّيًّا
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَابِعَةٌ لِزَوْجِهَا فإذا تَزَوَّجَتْ بِذِمِّيٍّ فَقَدْ رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ في دَارِنَا فَصَارَتْ ذِمِّيَّةً تَبَعًا لِزَوْجِهَا فَأَمَّا الزَّوْجُ فَلَيْسَ بِتَابِعٍ لِلْمَرْأَةِ فَلَا يَكُونُ تَزَوُّجُهُ إيَّاهَا دَلِيلَ الرِّضَا بِالْمُقَامِ في دَارِنَا فَلَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ لَا يَكُونَ الْمُعَاهَدُ من مُشْرِكِي الْعَرَبِ فإنه لَا يُقْبَلُ منهم إلَّا الْإِسْلَامُ أو السَّيْفُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ } إلَى قَوْله تَعَالَى { فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ } أَمَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِقَتْلِ الْمُشْرِكِينَ ولم يَأْمُرْ بِتَخْلِيَةِ سَبِيلِهِمْ إلَّا عِنْدَ تَوْبَتِهِمْ وَهِيَ الْإِسْلَامُ وَيَجُوزُ عَقْدُ الذِّمَّةِ مع أَهْلِ الْكِتَابِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاَللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ } إلَى قَوْله تَعَالَى { من الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ } الْآيَةَ
وَسَوَاءٌ كَانُوا من الْعَرَبِ أو من الْعَجَمِ لِعُمُومِ النَّصِّ وَيَجُوزُ مع الْمَجُوسِ لِأَنَّهُمْ مُلْحَقُونَ بِأَهْلِ الْكِتَابِ في حَقِّ الْجِزْيَةِ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال في الْمَجُوسِ سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ
وَكَذَلِكَ فَعَلَ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه بِسَوَادِ الْعِرَاقِ وَضَرَبَ الْجِزْيَةَ على جَمَاجِمِهِمْ وَالْخَرَاجَ على أَرَاضِيهِمْ
ثُمَّ وَجْهُ الْفَرْقِ بين مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَغَيْرِهِمْ من أَهْلِ الْكِتَابِ وَمُشْرِكِي

الْعَجَمِ أَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ إنَّمَا تُرِكُوا بِالذِّمَّةِ وَقَبُولِ الْجِزْيَةِ لَا لِرَغْبَةٍ فِيمَا يُؤْخَذُ منهم أو طَمَعٍ في ذلك بَلْ لِلدَّعْوَةِ إلَى الْإِسْلَامِ لِيُخَالِطُوا الْمُسْلِمِينَ فَيَتَأَمَّلُوا في مَحَاسِنِ الْإِسْلَامِ وَشَرَائِعِهِ وَيَنْظُرُوا فيها فَيَرَوْهَا مُؤَسَّسَةً على ما تَحْتَمِلُهُ الْعُقُولُ وَتَقْبَلُهُ فَيَدْعُوهُمْ ذلك إلَى الْإِسْلَامِ فَيَرْغَبُونَ فيه فَكَانَ عَقْدُ الذِّمَّةِ لِرَجَاءِ الْإِسْلَامِ
وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَحْصُلُ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ مع مُشْرِكِي الْعَرَبِ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ تَقْلِيدٍ وَعَادَةٍ لَا يَعْرِفُونَ سِوَى الْعَادَةِ وَتَقْلِيدِ الْآبَاءِ بَلْ يَعُدُّونَ ما سِوَى ذلك سُخْرِيَةً وَجُنُونًا فَلَا يَشْتَغِلُونَ بِالتَّأَمُّلِ وَالنَّظَرِ في مَحَاسِنِ الشَّرِيعَةِ لِيَقِفُوا عليها فَيَدْعُوهُمْ إلَى الْإِسْلَامِ فَتَعَيَّنَ السَّيْفُ دَاعِيًا لهم إلَى الْإِسْلَامِ وَلِهَذَا لم يَقْبَلْ رسول اللَّهِ منهم الْجِزْيَةَ
ومشركوا (((ومشركو))) الْعَجَمِ مُلْحَقُونَ بِأَهْلِ الْكِتَابِ في هذا الْحُكْمِ بِالنَّصِّ الذي رَوَيْنَا
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ مُرْتَدًّا فإنه لَا يُقْبَلُ من الْمُرْتَدِّ أَيْضًا إلَّا الْإِسْلَامُ أو السَّيْفُ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { تُقَاتِلُونَهُمْ أو يُسْلِمُونَ } قِيلَ إنَّ الْآيَةَ نَزَلَتْ في أَهْلِ الرِّدَّةِ من بَنِي حَنِيفَةَ وَلِأَنَّ الْعَقْدَ في حَقِّ الْمُرْتَدِّ لَا يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى

الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَنْتَقِلُ عن دِينِ الْإِسْلَامِ بعدما عَرَفَ مَحَاسِنَهُ وَشَرَائِعَهُ الْمَحْمُودَةَ في الْعُقُولِ إلَّا لِسُوءِ اخْتِيَارِهِ وَشُؤْمِ طَبْعِهِ فَيَقَعُ الْيَأْسُ عن فَلَاحِهِ فَلَا يَكُونُ عَقْدُ الذِّمَّةِ وَقَبُولُ الْجِزْيَةِ في حَقِّهِ وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الصَّابِئُونَ فَيُعْقَدُ لهم عَقْدُ الذِّمَّةِ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ النِّكَاحِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ هم قَوْمٌ من أَهْلِ الْكِتَابِ يقرؤون (((يقرءون))) الزَّبُورَ وَعِنْدَهُمَا قَوْمٌ يَعْبُدُونَ الْكَوَاكِبَ فَكَانُوا في حُكْمِ عَبَدَةِ الْأَوْثَانِ فَتُؤْخَذُ منهم الْجِزْيَةُ إذَا كَانُوا من الْعَجَمِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُؤَبَّدًا فَإِنْ وَقَّتَ له وَقْتًا لم يَصِحَّ عَقْدُ الذِّمَّةِ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ في إفَادَةِ الْعِصْمَةِ كَالْخَلَفِ عن عَقْدِ الْإِسْلَامِ
وَعَقْدُ الْإِسْلَامِ لَا يَصِحُّ إلَّا مُؤَبَّدًا فَكَذَا عَقْدُ الذِّمَّةِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْعَقْدِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقِ إنَّ لِعَقْدِ الذِّمَّةِ أَحْكَامًا منها عِصْمَةُ النَّفْسِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاَللَّهِ } إلَى قَوْلِهِ عز وجل { حتى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ } نهى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى إبَاحَةَ الْقِتَالِ إلَى غَايَةِ قَبُولِ الْجِزْيَةِ وإذا انْتَهَتْ الْإِبَاحَةُ تَثْبُتُ الْعِصْمَةُ ضَرُورَةً
وَمِنْهَا عِصْمَةُ الْمَالِ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِعِصْمَةِ النَّفْسِ
وَعَنْ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال إنَّمَا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ لِتَكُونَ أَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا وَدِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا وَالْكَلَامُ في وُجُوبِ الْجِزْيَةِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ سَبَبِ وُجُوبِ الْجِزْيَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الْوُجُوبِ وفي بَيَانِ وَقْتِ الْوُجُوبِ وفي بَيَانِ مِقْدَارِ الْوَاجِبِ وفي بَيَانِ ما يَسْقُطُ بِهِ بَعْدَ الْوُجُوبِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَسَبَبُ وُجُوبِهَا عَقْدُ الذِّمَّةِ وَأَمَّا شَرَائِطُ الْوُجُوبِ فَأَنْوَاعٌ منها الْعَقْلُ وَمِنْهَا الْبُلُوغُ وَمِنْهَا الذُّكُورَةُ فَلَا تَجِبُ على الصِّبْيَانِ وَالنِّسَاءِ وَالْمَجَانِينِ لِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَوْجَبَ الْجِزْيَةَ على من هو من أَهْلِ الْقِتَالِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاَللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ } الْآيَةَ
وَالْمُقَاتَلَةُ مُفَاعَلَةٌ من الْقِتَالِ فَتَسْتَدْعِي أَهْلِيَّةَ الْقِتَالِ من الْجَانِبَيْنِ فَلَا تَجِبُ على من ليس من أَهْلِ الْقِتَالِ وَهَؤُلَاءِ لَيْسُوا من أَهْلِ الْقِتَالِ فَلَا تَجِبُ عليهم وَمِنْهَا الصِّحَّةُ فَلَا تَجِبُ على الْمَرِيضِ إذَا مَرِضَ السَّنَةَ كُلَّهَا لِأَنَّ الْمَرِيضَ لَا يَقْدِرُ على الْقِتَالِ
وَكَذَلِكَ إنْ مَرِضَ أَكْثَرَ السَّنَةِ وَإِنْ صَحَّ أَكْثَرَ السَّنَةِ وَجَبَتْ لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ

وَمِنْهَا السَّلَامَةُ عن الزَّمَانَةِ وَالْعَمَى وَالْكِبَرِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَلَا تَجِبُ على الزَّمِنِ وَالْأَعْمَى وَالشَّيْخِ الْكَبِيرِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أنها لَيْسَتْ بِشَرْطٍ وَتَجِبُ على هَؤُلَاءِ إذَا كان لهم مَالٌ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ لَيْسُوا من أَهْلِ الْقِتَالِ عَادَةً أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ لَا يُقْتَلُونَ وَكَذَا الْفَقِيرُ الذي لَا يَعْتَمِلُ لَا قُدْرَةَ له لِأَنَّ من لَا يَقْدِرُ على الْعَمَلِ لَا يَكُونُ من أَهْلِ الْقِتَالِ
وَأَمَّا أَصْحَابُ الصَّوَامِعِ فَعَلَيْهِمْ الْجِزْيَةُ إذَا كَانُوا قَادِرِينَ على الْعَمَلِ لِأَنَّهُمْ من أَهْلِ الْقِتَالِ فَعَدَمُ الْعَمَلِ مع الْقُدْرَةِ على الْعَمَلِ لَا يَمْنَعُ الْوُجُوبَ كما إذَا كان له أَرْضٌ خَرَاجِيَّةٌ فلم يَزْرَعْهَا مع الْقُدْرَةِ على الزِّرَاعَةِ لَا يَسْقُطُ عنه الْخَرَاجُ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا الْحُرِّيَّةُ فَلَا تَجِبُ على الْعَبْدِ لِأَنَّ الْعَبْدَ ليس من أَهْلِ مِلْكِ الْمَالِ
وَأَمَّا وَقْتُ الْوُجُوبِ فَأَوَّلُ السَّنَةِ لِأَنَّهَا تَجِبُ لِحَقْنِ الدَّمِ في الْمُسْتَقْبَلِ فَلَا تُؤَخَّرُ

إلَى آخِرِ السَّنَةِ وَلَكِنْ تُؤْخَذُ في كل شَهْرٍ من الْفَقِيرِ دِرْهَمٌ وَمِنْ الْمُتَوَسِّطِ دِرْهَمَانِ وَمِنْ الْغَنِيِّ أَرْبَعَةُ دَرَاهِمَ
وَأَمَّا بَيَانُ مِقْدَارِ الْوَاجِبِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْجِزْيَةُ على ضَرْبَيْنِ جِزْيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّرَاضِي وهو الصُّلْحُ وَذَلِكَ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ ما وَقَعَ عليه الصُّلْحُ كما صَالَحَ رسول اللَّهِ

(7/111)

أَهْلَ نَجْرَانَ على أَلْفٍ وَمِائَتَيْ حُلَّةٍ
وَجِزْيَةٌ يَضَعُهَا الْإِمَامُ عليهم من غَيْرِ رِضَاهُمْ بِأَنْ ظَهَرَ الْإِمَامُ على أَرْضِ الْكُفَّارِ وَأَقَرَّهُمْ على أَمْلَاكِهِمْ وَجَعَلَهُمْ ذِمَّةً وَذَلِكَ على ثَلَاثَةِ مَرَاتِبَ لِأَنَّ الذِّمَّةَ ثَلَاثُ طَبَقَاتٍ أَغْنِيَاءُ وَأَوْسَاطٌ وَفُقَرَاءُ فَيَضَعُ على الْغَنِيِّ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا وَعَلَى الْوَسَطِ أَرْبَعَةً وعشرون (((وعشرين))) دِرْهَمًا وَعَلَى الْفَقِيرِ الْمُعْتَمِلِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا
كَذَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ أَمَرَ عُثْمَانَ بن حُنَيْفٍ حين بَعَثَهُ إلَى السَّوَادِ أَنْ يَضَعَ هَكَذَا وكان ذلك من سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ من الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْكِرْ عليه أَحَدٌ فَهُوَ كَالْإِجْمَاعِ على ذلك مع ما أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ من سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه رَأْيًا لِأَنَّ الْمُقَدَّرَاتِ سَبِيلُ مَعْرِفَتِهَا التَّوْقِيفُ وَالسَّمْعُ لَا الْعَقْلُ فَهُوَ كَالْمَسْمُوعِ من رسول اللَّهِ
ثُمَّ اُخْتُلِفَ في تَفْسِيرِ الْغَنِيِّ في هذا الْبَابِ وَالْوَسَطِ وَالْفَقِيرِ
قال بَعْضُهُمْ من لم يَمْلِكْ نِصَابًا تَجِبُ في مِثْلِهِ الزَّكَاةُ على الْمُسْلِمِينَ وهو مِائَتَا دِرْهَمٍ فَهُوَ فَقِيرٌ وَمَنْ مَلَكَ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ فَهُوَ من الْأَوَاسِطِ وَمَنْ مَلَكَ أَرْبَعَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا فَهُوَ من الْأَغْنِيَاءِ لِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ أَنَّهُمَا قَالَا أَرْبَعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ فما دُونَهَا نَفَقَةٌ وما فَوْقَ ذلك كَنْزٌ وَقِيلَ من مَلَكَ مائتين (((مائتي))) دِرْهَمٍ إلَى عَشْرَةِ آلَافٍ فما دُونَهَا فَهُوَ من الْأَوْسَاطِ وَمَنْ مَلَكَ زِيَادَةً على عَشَرَةِ آلَافٍ فَهُوَ من الْأَغْنِيَاءِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا ما يُسْقِطُهَا بَعْدَ الْوُجُوبِ فَأَنْوَاعٌ منها الْإِسْلَامُ وَمِنْهَا الْمَوْتُ عِنْدَنَا فإن الذِّمِّيَّ إذَا أَسْلَمَ أو مَاتَ سَقَطَتْ الْجِزْيَةُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ وَالْإِسْلَامِ
وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْجِزْيَةَ وَجَبَتْ عِوَضًا عن الْعِصْمَةِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاَللَّهِ } إلَى قَوْلِهِ جَلَّ شَأْنُهُ { حتى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ } أَبَاحَ جَلَّتْ عَظَمَتُهُ دِمَاءَ أَهْلِ الْقِتَالِ ثُمَّ حَقَنَهَا بِالْجِزْيَةِ فَكَانَتْ الْجِزْيَةُ عِوَضًا عن حَقْنِ الدَّمِ وقد حَصَلَ له المعوض (((العوض))) في الزَّمَانِ الْمَاضِي فَلَا يَسْقُطُ عنه الْعِوَضُ
وَلَنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال ليس على مُسْلِمٍ جِزْيَةٌ وَعَنْ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ رَفَعَ الْجِزْيَةَ بِالْإِسْلَامِ فقال وَاَللَّهِ إنَّ في الْإِسْلَامِ لَمَعَاذًا إنْ فَعَلَ وَلِأَنَّهَا وَجَبَتْ وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ فَلَا تَبْقَى بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَالْمَوْتِ كَالْقِتَالِ
والدليل على أنها وَجَبَتْ وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ أَنَّ الْإِسْلَامَ فُرِضَ بِالنُّصُوصِ

وَالْجِزْيَةُ تَتَضَمَّنُ تَرْكَ الْقِتَالِ فَلَا يَجُوزُ شَرْعُ عَقْدِ الذِّمَّةِ وَالْجِزْيَةِ الذي فيه تَرْكُ الْقِتَالِ إلَّا لِمَا شُرِعَ له الْقِتَالُ وهو التَّوَسُّلُ إلَى الْإِسْلَامِ وَإِلَّا فَيَكُونُ تَنَاقُضًا وَالشَّرِيعَةُ لَا تَتَنَاقَضُ
وَتَعَذَّرَ تَحْقِيقُ مَعْنَى التَّوَسُّلِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْإِسْلَامِ فَيَسْقُطُ ضَرُورَةً
وَقَوْلُهُ إنَّهَا وَجَبَتْ عِوَضًا عن حَقْنِ الدَّمِ مَمْنُوعٌ بَلْ ما وَجَبَتْ إلَّا وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ لِأَنَّ تَمْكِينَ الْكَفَرَةِ في دَارِ الْإِسْلَامِ وَتَرْكَ قِتَالِهِمْ مع قَوْلِهِمْ في اللَّهِ ما لَا يَلِيقُ بِذَاتِهِ وَصِفَاتِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لِلْوُصُولِ إلَى عَرَضٍ يَسِيرٍ من الدُّنْيَا خَارِجٌ عن الْحُكْمِ وَالْعَقْلِ
فَأَمَّا التَّوَسُّلُ إلَى الْإِسْلَامِ وَإِعْدَامُ الْكَفَرَةِ فَمَعْقُولٌ مع ما أنها إنْ وَجَبَتْ لِحَقْنِ الدَّمِ فَإِنَّمَا تَجِبُ كَذَلِكَ في الْمُسْتَقْبَلِ وإذا صَارَ دَمُهُ مَحْقُونًا فِيمَا مَضَى فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجِزْيَةِ لِأَجْلِهِ فَتَسْقُطُ
وَمِنْهَا مُضِيُّ سَنَةٍ تَامَّةٍ وَدُخُولُ سَنَةٍ أُخْرَى عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا تَسْقُطُ حتى إنَّهُ إذَا مَضَى على الذِّمَّةِ سَنَةٌ كَامِلَةٌ وَدَخَلَتْ سَنَةٌ أُخْرَى قبل أَنْ يُؤَدِّيَهَا الذِّمِّيُّ تُؤْخَذُ منه لِلسَّنَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ وَلَا تُؤْخَذُ لِلسَّنَةِ الْمَاضِيَةِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا تُؤْخَذُ لِمَا مَضَى ما دَامَ ذِمِّيًّا وَالْمَسْأَلَةُ تُعْرَفُ بِالْمَوَانِيد أنها تُؤْخَذُ أَمْ لَا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْجِزْيَةَ أَحَدُ نَوْعَيْ الْخَرَاجِ فَلَا تَسْقُطُ بِالتَّأْخِيرِ إلَى سَنَةٍ أُخْرَى اسْتِدْلَالًا بِالْخَرَاجِ الْآخَرِ وهو خَرَاجُ الْأَرْضِ وَهَذَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَيْنٌ فَلَا تَسْقُطُ بِالتَّأْخِيرِ كَسَائِرِ الدُّيُونِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْجِزْيَةَ ما وَجَبَتْ إلَّا لِرَجَاءِ الْإِسْلَامِ وإذا لم يُوجَدْ حتى دَخَلَتْ سَنَةٌ أُخْرَى انْقَطَعَ الرَّجَاءُ فِيمَا مَضَى وَبَقِيَ الرَّجَاءُ في الْمُسْتَقْبَلِ فَيُؤْخَذُ لِلسَّنَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ
وَالثَّانِي أَنَّ الْجِزْيَةَ إنَّمَا جُعِلَتْ لِحَقْنِ الدَّمِ في الْمُسْتَقْبَلِ فإذا صَارَ دَمُهُ مَحْقُونًا في السَّنَةِ الْمَاضِيَةِ فَلَا تُؤْخَذُ الْجِزْيَةُ لِأَجْلِهَا لِانْعِدَامِ الْحَاجَةِ إلَى ذلك كما إذَا أَسْلَمَ أو مَاتَ تَسْقُطُ عنه الْجِزْيَةُ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إلَى الْحَقْنِ بِالْجِزْيَةِ كَذَا هذا
وَالِاعْتِبَارُ بِخَرَاجِ الْأَرْضِ غَيْرُ سَدِيدٍ فإن الْمَجُوسِيَّ إذَا أَسْلَمَ بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ لَا يَسْقُطُ عنه خَرَاجُ الْأَرْضِ وَيَسْقُطُ عنه خَرَاجُ الرَّأْسِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمْ اللَّهُ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ هذا ليس كَسَائِرِ الدُّيُونِ فَبَطَلَ الِاعْتِبَارُ بها وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وأمة صِفَةُ الْعَقْدِ فَهُوَ أَنَّهُ لَازِمٌ في حَقِّنَا حتى لَا يَمْلِكَ الْمُسْلِمُونَ نَقْضَهُ بِحَالٍ من الْأَحْوَالِ
وَأَمَّا في حَقِّهِمْ فَغَيْرُ لَازِمٍ بَلْ

يَحْتَمِلُ الِانْتِقَاضَ في الْجُمْلَةِ لَكِنَّهُ لَا يَنْتَقِضُ إلَّا بِأَحَدِ أُمُورٍ ثَلَاثَةٍ أَحَدُهَا أَنْ يُسْلِمَ الذِّمِّيُّ لِمَا مَرَّ أَنَّ الذِّمَّةَ عُقِدَتْ وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ وقد حَصَلَ الْمَقْصُودُ
وَالثَّانِي أَنْ يَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ إذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ صَارَ بِمَنْزِلَةِ الْمُرْتَدِّ إلَّا أَنَّ الذِّمِّيَّ إذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ يُسْتَرَقُّ وَالْمُرْتَدُّ إذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لَا يُسْتَرَقُّ لِمَا نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَالثَّالِثُ أَنْ يَغْلِبُوا على مَوْضِعٍ فَيُحَارِبُونَ لِأَنَّهُمْ إذَا فَعَلُوا ذلك فَقَدْ صَارُوا أَهْلَ

الْحَرْبِ وَيُنْتَقَضُ الْعَهْدُ ضَرُورَةً
وَلَوْ امْتَنَعَ الذِّمِّيُّ من إعْطَاءِ الْجِزْيَةِ لَا يُنْتَقَضُ عَهْدُهُ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِعُذْرِ الْعَدَمِ فَلَا يُنْتَقَضُ الْعَهْدُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ
وَكَذَلِكَ لو سَبَّ النبي لَا يُنْتَقَضُ عَهْدُهُ لِأَنَّ هذا زِيَادَةُ كُفْرٍ على كُفْرٍ والعقد (((والعهد))) يَبْقَى مع أَصْلِ الْكُفْرِ فَيَبْقَى مع الزِّيَادَةِ وَكَذَلِكَ لو قَتَلَ مُسْلِمًا أو زَنَى بِمُسْلِمَةٍ لِأَنَّ هذه مَعَاصٍ ارْتَكَبُوهَا وَهِيَ دُونَ الْكُفْرِ في الْقُبْحِ وَالْحُرْمَةِ ثُمَّ بَقِيَتْ الذِّمَّةُ مع الْكُفْرِ فَمَعَ الْمَعْصِيَةِ أَوْلَى وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يُؤْخَذُ بِهِ أَهْلُ الذِّمَّةِ وما يَتَعَرَّضُ له وما لَا يَتَعَرَّضُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقِ إنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ يُؤْخَذُونَ بِإِظْهَارِ عَلَامَاتٍ يُعْرَفُونَ بها وَلَا يُتْرَكُونَ يَتَشَبَّهُونَ بِالْمُسْلِمِينَ في لِبَاسِهِمْ وَمَرْكَبِهِمْ وَهَيْئَتِهِمْ فَيُؤْخَذُ الذِّمِّيُّ بِأَنْ يَجْعَلَ على وَسَطِهِ كَسْتِيجًا مِثْلَ الْخَيْطِ الْغَلِيظِ وَيَلْبَسَ قَلَنْسُوَةً طَوِيلَةً مَضْرُوبَةً وَيَرْكَبَ سَرْجًا على قربوسة مِثْلَ الرُّمَّانَةِ وَلَا يَلْبَسَ طَيْلَسَانًا مِثْلَ طَيَالِسَةِ الْمُسْلِمِينَ وَرِدَاءً مِثْلَ أَرْدِيَةِ الْمُسْلِمِينَ
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ بن عبد الْعَزِيزِ رَحِمَهُ اللَّهُ مَرَّ على رِجَالٍ رُكُوبٍ ذَوِي هَيْئَةٍ فَظَنَّهُمْ مُسْلِمِينَ فَسَلَّمَ عليهم فقال له رَجُلٌ من أَصْحَابِهِ أَصْلَحَكَ اللَّهُ تَدْرِي مِن هَؤُلَاءِ فقال من هُمْ فقال هَؤُلَاءِ نَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ فلما أتى مَنْزِلَهُ أَمَرَ أَنْ يُنَادِيَ في الناس أَنْ لَا يَبْقَى نَصْرَانِيٌّ إلَّا عَقَدَ نَاصِيَتَهُ وَرَكِبَ الْإِكَافَ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه أَحَدٌ فَيَكُونُ كَالْإِجْمَاعِ
وَلِأَنَّ السَّلَامَ من شَعَائِرِ الْإِسْلَامِ فَيَحْتَاجُ الْمُسْلِمُونَ إلَى إظْهَارِ هذه الشَّعَائِرِ عِنْدَ الِالْتِقَاءِ وَلَا يُمْكِنُهُمْ ذلك إلَّا بِتَمْيِيزِ أَهْلِ الذِّمَّةِ بِالْعَلَامَةِ وَلِأَنَّ في إظْهَارِ هذه الْعَلَامَاتِ إظْهَارَ آثَارِ الذِّلَّةِ عليهم وَفِيهِ صِيَانَةُ عَقَائِدِ ضَعَفَةِ الْمُسْلِمِينَ عن التَّغْيِيرِ على ما قال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلَوْلَا أَنْ يَكُونَ الناس أُمَّةً وَاحِدَةً لَجَعَلْنَا لِمَنْ يَكْفُرُ بِالرَّحْمَنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا من فِضَّةٍ وَمَعَارِجَ عليها يَظْهَرُونَ }
وَكَذَا يَجِبُ أَنْ يَتَمَيَّزَ نِسَاؤُهُمْ عن نِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ في حَالِ الْمَشْيِ في الطَّرِيقِ وَيَجِبُ التَّمْيِيزُ في الْحَمَّامَاتِ في الْأُزُرِ فَيُخَالِفُ أُزُرُهُمْ أُزُرَ الْمُسْلِمِينَ لِمَا قُلْنَا
وَكَذَا يَجِبُ أَنْ تُمَيَّزَ الدُّورُ بِعَلَامَاتٍ تُعْرَفُ بها دُورُهُمْ من دُورِ الْمُسْلِمِينَ لِيَعْرِفَ السَّائِلُ الْمُسْلِمُ أنها دُورُ الْكَفَرَةِ فَلَا يَدْعُو لهم بِالْمَغْفِرَةِ وَيُتْرَكُونَ أَنْ يَسْكُنُوا في أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ يَبِيعُونَ وَيَشْتَرُونَ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ شُرِعَ لِيَكُونَ وَسِيلَةً لهم إلَى الْإِسْلَامِ وَتَمْكِينُهُمْ من الْمُقَامِ في أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أَبْلَغُ إلَى هذا الْمَقْصُودِ وَفِيهِ أَيْضًا مَنْفَعَةُ الْمُسْلِمِينَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيُمَكَّنُونَ من ذلك
وَلَا يُمَكَّنُونَ من بَيْعِ الْخُمُورِ وَالْخَنَازِيرِ فيها ظَاهِرًا لِأَنَّ حُرْمَةَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ ثَابِتَةٌ في حَقِّهِمْ كما هِيَ ثَابِتَةٌ في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُمْ مُخَاطَبُونَ بِالْحُرُمَاتِ وهو الصَّحِيحُ عِنْدَ أَهْلِ الْأُصُولِ على ما عُرِفَ في مَوْضِعِهِ فَكَانَ إظْهَارُ بَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ منهم إظْهَارًا لِلْفِسْقِ فَيُمْنَعُونَ من ذلك وَعِنْدَهُمْ أَنَّ ذلك مُبَاحٌ فَكَانَ إظْهَارَ شَعَائِرِ الْكُفْرِ في مَكَان مُعَدٍّ لِإِظْهَارِ شَعَائِرِ الْإِسْلَامِ وهو أَمْصَارُ الْمُسْلِمِينَ فَيُمْنَعُونَ من ذلك
وَكَذَا يُمْنَعُونَ من إدْخَالِهَا في أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ ظَاهِرًا
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أنى أَمْنَعُهُمْ من إدْخَالِ الْخَنَازِيرِ
فَرَّقَ بين الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لِمَا في الْخَمْرِ من خَوْفِ وُقُوعِ الْمُسْلِمِ فيها وَلَا يُتَوَهَّمُ ذلك في الْخِنْزِيرِ وَلَا يُمَكَّنُونَ من إظْهَارِ صَلِيبِهِمْ في عِيدِهِمْ لِأَنَّهُ إظْهَارُ شَعَائِرِ الْكُفْرِ فَلَا يُمَكَّنُونَ من ذلك في أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ فَعَلُوا ذلك في كَنَائِسِهِمْ لَا يُتَعَرَّضُ لهم
وَكَذَا لو ضَرَبُوا النَّاقُوسَ في جَوْفِ كَنَائِسِهِمْ الْقَدِيمَةِ لم يُتَعَرَّضْ لِذَلِكَ لِأَنَّ

إظْهَارَ الشَّعَائِرِ لم يَتَحَقَّقْ فَإِنْ ضَرَبُوا بِهِ خَارِجًا منها لم يُمَكَّنُوا منه لِمَا فيه من إظْهَارِ الشَّعَائِرِ وَلَا يُمْنَعُونَ من إظْهَارِ شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا من بَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَالصَّلِيبِ وَضَرْبِ النَّاقُوسِ في قَرْيَةٍ أو مَوْضِعٍ ليس من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ
وَلَوْ كان فيه عَدَدٌ كَثِيرٌ من أَهْلِ الْإِسْلَامِ وَإِنَّمَا يُكْرَهُ ذلك في أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ وَهِيَ التي يُقَامُ فيها الْجُمَعُ وَالْأَعْيَادُ وَالْحُدُودُ لِأَنَّ الْمَنْعَ من إظْهَارِ هذه الْأَشْيَاءِ لِكَوْنِهِ إظْهَارَ شَعَائِرِ الْكُفْرِ في مَكَانِ إظْهَارِ شَعَائِرِ الْإِسْلَامِ فَيَخْتَصُّ الْمَنْعُ بِالْمَكَانِ الْمُعَدِّ لِإِظْهَارِ الشَّعَائِرِ وهو الْمِصْرُ الْجَامِعُ
وَأَمَّا إظْهَارُ فِسْقٍ يَعْتَقِدُونَ حُرْمَتَهُ كَالزِّنَا وَسَائِرِ الْفَوَاحِشِ التي هِيَ حَرَامٌ في دِينِهِمْ فَإِنَّهُمْ يُمْنَعُونَ من ذلك سَوَاءٌ كَانُوا في أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أو في أَمْصَارِهِمْ

(7/113)

وَمَدَائِنِهِمْ وَقُرَاهُمْ وَكَذَا الْمَزَامِيرُ وَالْعِيدَانُ وَالطُّبُولُ في الْغِنَاءِ وَاللَّعِبُ بِالْحَمَامِ
وَنَظِيرُهَا يُمْنَعُونَ من ذلك كُلِّهِ في الْأَمْصَارِ وَالْقُرَى لِأَنَّهُمْ يَعْتَقِدُونَ حُرْمَةَ هذه الْأَفْعَالِ كما نَعْتَقِدُهَا نَحْنُ فلم تَكُنْ مُسْتَثْنَاةً عن عَقْدِ الذِّمَّةِ لِيُقَرُّوا عليها
وَأَمَّا الْكَنَائِسُ وَالْبِيَعُ الْقَدِيمَةُ فَلَا يُتَعَرَّضُ لها وَلَا يُهْدَمُ شَيْءٌ منها
وَأَمَّا إحْدَاثُ كَنِيسَةٍ أُخْرَى فَيُمْنَعُونَ عنه فِيمَا صَارَ مِصْرًا من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا كَنِيسَةَ في الْإِسْلَامِ إلَّا في دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَوْ انْهَدَمَتْ كَنِيسَةٌ فَلَهُمْ أَنْ يَبْنُوهَا كما كانت لِأَنَّ لِهَذَا الْبِنَاءِ حُكْمَ الْبَقَاءِ وَلَهُمْ أَنْ يَسْتَبْقُوهَا فَلَهُمْ أَنْ يَبْنُوهَا وَلَيْسَ لهم أَنْ يُحَوِّلُوهَا من مَوْضِعٍ إلَى مَوْضِعٍ آخَرَ لِأَنَّ التَّحْوِيلَ من مَوْضِعٍ إلَى مَوْضِعٍ آخَرَ في حُكْمِ إحْدَاثِ كَنِيسَةٍ أُخْرَى وَأَمَّا في الْقُرَى أو في مَوْضِعٍ ليس من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يُمْنَعُونَ من إحْدَاثِ الْكَنَائِسِ وَالْبِيَعِ كما لَا يُمْنَعُونَ من إظْهَارِ بَيْعِ الْخُمُورِ وَالْخَنَازِيرِ لِمَا بَيَّنَّا
وَلَوْ ظَهَرَ الْإِمَامُ على قَوْمٍ من أَهْلِ الْحَرْبِ فَرَأَى أَنْ يَجْعَلَهُمْ ذِمَّةً وَيَضَعَ على رؤوسهم الْجِزْيَةَ وَعَلَى أَرَاضِيهِمْ الْخَرَاجَ لَا يُمْنَعُونَ من اتِّخَاذِ الْكَنَائِسِ وَالْبِيَعِ وَإِظْهَارِ بَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لِأَنَّ الْمَمْنُوعَ إظْهَارُ شَعَائِرِ الْكُفْرِ في مَكَانِ إظْهَارِ شَعَائِرِ الْإِسْلَامِ وهو أَمْصَارُ الْمُسْلِمِينَ ولم يُوجَدْ بِخِلَافِ ما إذَا صَارُوا ذِمَّةً بِالصُّلْحِ بِأَنْ طَلَبَ قَوْمٌ من أَهْلِ الْحَرْبِ مِنَّا أَنْ يَصِيرُوا ذِمَّةً يُؤَدُّونَ عن رِقَابِهِمْ وَأَرَاضِيهِمْ شيئا مَعْلُومًا وتجري (((ونجري))) عليهم أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فَصَالَحْنَاهُمْ على ذلك فَكَانَتْ أَرَاضِيهِمْ مِثْلَ أَرَاضِي الشَّامِ مَدَائِنَ وَقُرًى وَرَسَاتِيقَ وأمصار (((وأمصارا))) أنه لَا يُتَعَرَّضُ لِكَنَائِسِهِمْ الْقَدِيمَةِ وَلَكِنَّهُمْ لو أَرَادُوا أَنْ يُحْدِثُوا شيئا منها يُمْنَعُوا من ذلك لِأَنَّهَا صَارَتْ مصر (((مصرا))) من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ وَإِحْدَاثُ الْكَنِيسَةِ في مِصْرٍ من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ مَمْنُوعٌ عنه شَرْعًا فَإِنْ مَصَّرَ الْإِمَامُ مِصْرًا لِلْمُسْلِمِينَ كما مَصَّرَ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه الْكُوفَةَ وَالْبَصْرَةَ فَاشْتَرَى قَوْمٌ من أَهْلِ الذِّمَّةِ دُورًا وَأَرَادُوا أَنْ يَتَّخِذُوا فيها كَنَائِسَ لَا يُمَكَّنُوا من ذلك لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ لو تَخَلَّى رَجُلٌ في صَوْمَعَتِهِ مُنِعَ من ذلك لِأَنَّ ذلك في مَعْنَى اتِّخَاذِ الْكَنِيسَةِ وَكُلُّ مِصْرٍ من أَمْصَارِ الْمُشْرِكِينَ ظَهَرَ عليه الْإِمَامُ عَنْوَةً وَجَعَلَهُمْ ذِمَّةً

فما كان فيه كَنِيسَةٌ قَدِيمَةٌ مَنَعَهُمْ من الصَّلَاةِ في تِلْكَ الْكَنَائِسِ لِأَنَّهُ لَمَّا فُتِحَ عَنْوَةً فَقَدْ اسْتَحَقَّهُ الْمُسْلِمُونَ فَيَمْنَعُهُمْ من الصَّلَاةِ فيها وَيَأْمُرُهُمْ أَنْ يَتَّخِذُوهَا مَسَاكِنَ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَهْدِمَهَا

وَكَذَلِكَ كُلُّ قَرْيَةٍ جَعَلَهَا الْإِمَامُ مِصْرًا

وَلَوْ عَطَّلَ الْإِمَامُ هذا الْمِصْرَ وَتَرَكُوا إقَامَةَ الْجُمَعِ وَالْأَعْيَادِ وَالْحُدُودِ فيه كان لِأَهْلِ الْقَرْيَةِ أَنْ يُحْدِثُوا ما شَاءُوا لِأَنَّهُ عَادَ قَرْيَةً كما كانت نَصْرَانِيَّةً تَحْتَ مُسْلِمٍ لَا يُمَكِّنُهَا من نَصْبِ الصَّلِيبِ في بَيْتِهِ لِأَنَّ نَصْبَ الصَّلِيبِ كَنَصْبِ الصَّنَمِ وتصلى في بَيْتِهِ حَيْثُ شَاءَتْ

هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ أَرْضِ الْعَجَمِ

وَأَمَّا أَرْضُ الْعَرَبِ فَلَا يُتْرَكُ فيها كَنِيسَةٌ وَلَا بِيعَةٌ وَلَا يُبَاعُ فيها الْخَمْرُ وَالْخِنْزِيرُ مِصْرًا كان أو قَرْيَةً أو مَاءً من مِيَاهِ الْعَرَبِ وَيُمْنَعُ الْمُشْرِكُونَ أَنْ يَتَّخِذُوا أَرْضَ الْعَرَبِ مَسْكَنًا وَوَطَنًا

كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ تَفْضِيلًا لِأَرْضِ الْعَرَبِ على غَيْرِهَا وَتَطْهِيرًا لها عن الدِّينِ الْبَاطِلِ

قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَجْتَمِعُ دِينَانِ في جَزِيرَةِ الْعَرَبِ

وَأَمَّا الِالْتِجَاءُ إلَى الْحَرَمِ فإن الْحَرْبِيَّ إذَا الْتَجَأَ إلَى الْحَرَمِ لَا يُبَاحُ قَتْلُهُ في الْحَرَمِ وَلَكِنْ لَا يُطْعَمُ وَلَا يُسْقَى وَلَا يُؤْوَى وَلَا يُبَايَعُ حتى يَخْرُجَ من الْحَرَمِ

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُقْتَلُ في الْحَرَمِ

واختلف أَصْحَابُنَا فِيمَا بَيْنَهُمْ

قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يُقْتَلُ في الْحَرَمِ وَلَا يُخْرَجُ منه أَيْضًا

وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُبَاحُ قَتْلُهُ في الْحُرُمِ وَلَكِنْ يُبَاحُ إخْرَاجُهُ من الْحَرَمِ

لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ } وَحَيْثُ يُعَبَّرُ بِهِ عن الْمَكَانِ فَكَانَ هذا إبَاحَةً لِقَتْلِ الْمُشْرِكِينَ في الْأَمَاكِنِ كُلِّهَا

وَلَنَا قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { أو لم يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا } هذا إذَا دخل مُلْتَجِئًا

أَمَّا إذَا دخل مُكَابِرًا أو مُقَاتِلًا يُقْتَلُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حتى يُقَاتِلُوكُمْ فيه فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ } وَلِأَنَّهُ لَمَّا دخل مُقَاتِلًا فَقَدْ هَتَكَ حُرْمَةَ الْحَرَمِ فَيُقْتَلُ تَلَافِيًا لِلْهَتْكِ زَجْرًا لِغَيْرِهِ عن الْهَتْكِ

وَكَذَلِكَ لو دخل قَوْمٌ من أَهْلِ الْحَرْبِ لِلْقِتَالِ فَإِنَّهُمْ يُقْتَلُونَ وَلَوْ انْهَزَمُوا من الْمُسْلِمِينَ فَلَا شَيْءَ على الْمُسْلِمِينَ في قَتْلِهِمْ وَأَسْرِهِمْ

وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْغَنَائِمِ وما يَتَّصِلُ بها فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ ههنا ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ النَّفَلُ وَالْفَيْءُ وَالْغَنِيمَةُ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ مَعَانِي هذه الْأَلْفَاظِ وما يَتَعَلَّقُ بها من الشَّرَائِطِ وَالْأَحْكَامِ

أَمَّا النَّفَلُ في اللُّغَةِ فَعِبَارَةٌ عن الزِّيَادَةِ وَمِنْهُ سُمِّيَ وَلَدُ الْوَلَدِ نَافِلَةً لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ على الْوَلَدِ الصُّلْبِيِّ وَسُمِّيَتْ نَوَافِلُ الْعِبَادَاتِ لِكَوْنِهَا زِيَادَاتٍ على الْفَرَائِضِ وفي الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ

عَمَّا خَصَّهُ الْإِمَامُ لِبَعْضِ الْغُزَاةِ تَحْرِيضًا لهم على الْقِتَالِ
سُمِّيَ نَفْلًا لِكَوْنِهِ زِيَادَةً على ما يُسْهَمُ لهم من الْغَنِيمَةِ وَالتَّنْفِيلُ هو تَخْصِيصُ بَعْضِ الْغُزَاةِ بِالزِّيَادَةِ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ الْإِمَامُ من أَصَابَ شيئا له (((فله))) رُبْعُهُ أو ثُلُثُهُ
أو قال من أَصَابَ شيئا فَهُوَ له أو قال من أَخَذَ شيئا أو قال من قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ أو قال لِسَرِيَّةٍ ما أَصَبْتُمْ فَلَكُمْ رُبْعُهُ أو ثُلُثُهُ أو قال فَهُوَ لَكُمْ وَذَلِكَ جَائِزٌ لِأَنَّ التَّخْصِيصَ بِذَلِكَ تَحْرِيضٌ على الْقِتَالِ وَأَنَّهُ أَمْرٌ مَشْرُوعٌ وَمَنْدُوبٌ إلَيْهِ
قال اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { يا أَيُّهَا النبي حَرِّضْ الْمُؤْمِنِينَ على الْقِتَالِ } إلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُنَفِّلَ بِكُلِّ الْمَأْخُوذِ لِأَنَّ التَّنْفِيلَ بِكُلِّ الْمَأْخُوذِ قَطْعُ حَقِّ الْغَانِمِينَ عن النَّفْلِ أَصْلًا لَكِنْ مع هذا لو رَأَى الْإِمَامُ الْمَصْلَحَةَ في ذلك فَعَلَهُ مع سَرِيَّةٍ جَازَ لِأَنَّ الْمَصْلَحَةَ قد تَكُونُ فيه في الْجُمْلَةِ وَيَجُوزُ التَّنْفِيلُ في سَائِرِ الْأَمْوَالِ من الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالسَّلَبِ وَغَيْرِ ذلك لِأَنَّ مَعْنَى التَّحْرِيضِ على الْقِتَالِ يَتَحَقَّقُ في الْكُلِّ وَالسَّلَبُ هو ثِيَابُ الْمَقْتُولِ وَسِلَاحُهُ الذي معه وَدَابَّتُهُ التي رَكِبَهَا بِسَرْجِهَا وَآلَاتِهَا وما كان معه من مَالٍ في حَقِيبَةٍ على الدَّابَّةِ أو على وَسَطِهِ
وَأَمَّا حَقِيبَةُ غُلَامِهِ وما كان مع غُلَامِهِ من دَابَّةٍ أُخْرَى فَلَيْسَ بِسَلَبٍ
وَلَوْ اشْتَرَكَا في قَتْلِ رَجُلٍ كان السَّلَبُ بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَدَأَ أَحَدُهُمَا فَضَرَبَهُ ثُمَّ أَجْهَزَهُ الْآخَرُ بِأَنْ كانت الضَّرْبَةُ الْأُولَى قد أَثْخَنَتْهُ وَصَيَّرَتْهُ إلَى حَالٍ لَا يُقَاتِلُ وَلَا يُعِينُ على الْقِتَالِ فَالسَّلَبُ لِلْأَوَّلِ لِأَنَّهُ قَتِيلُ الْأَوَّلِ وَإِنْ كانت الضَّرْبَةُ الْأُولَى لم تُصَيِّرْهُ إلَى هذه الْحَالَةِ فَالسَّلَبُ لِلثَّانِي لِأَنَّهُ قَتِيلُ الثَّانِي
وَلَوْ قَتَلَ رَجُلٌ وَاحِدٌ قَتِيلَيْنِ أو أَكْثَرَ فَلَهُ سَلَبُهُ وَهَلْ يَدْخُلُ الْإِمَامُ في التَّنْفِيلِ إنْ قال في جَمِيعِ ذلك مِنْكُمْ لَا يَدْخُلُ لِأَنَّهُ خَصَّهُمْ وَإِنْ لم يَقُلْ مِنْكُمْ يَدْخُلْ لِأَنَّهُ عَمَّ الْكَلَامَ
هذا إذَا نَفَّلَ الْإِمَامُ فَإِنْ لم يُنَفِّلْ شيئا فَقَتَلَ رَجُلٌ من الْغُزَاةِ قَتِيلًا لم يَخْتَصَّ بِسَلَبِهِ عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى إنْ قَتَلَهُ مُدْبِرًا مُنْهَزِمًا لم يَخْتَصَّ بِسَلَبِهِ وَإِنْ قَتَلَهُ مُقْبِلًا مُقَاتِلًا يَخْتَصُّ بِسَلَبِهِ
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال من قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ وَهَذَا منه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَصْبُ الشَّرْعِ وَلِأَنَّهُ إذَا قَتَلَهُ مُقْبِلًا مُقَاتِلًا فَقَدْ قَتَلَهُ بِقُوَّةِ نَفْسِهِ فَيَخْتَصُّ بِالسَّلَبِ وإذا قَتَلَهُ مُوَلِّيًا مُنْهَزِمًا فَإِنَّمَا قَتَلَهُ بِقُوَّةِ الْجَمَاعَةِ فَكَانَ السَّلَبُ غَنِيمَةً مَقْسُومَةً
وَلَنَا أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى جَوَازَ التَّنْفِيلِ وَالِاخْتِصَاصِ بِالْمُصَابِ من السَّلَبِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ إنْ كان هو الْجِهَادَ وُجِدَ من الْكُلِّ وَإِنْ كان هو الِاسْتِيلَاءَ وَالْإِصَابَةَ وَالْأَخْذُ بِذَلِكَ حَصَلَ بِقُوَّةِ الْكُلِّ فَيَقْتَضِي الِاسْتِحْقَاقَ لِلْكُلِّ فَتَخْصِيصُ الْبَعْضِ بِالتَّنْفِيلِ يَخْرُجُ مَخْرَجَ قَطْعِ الْحَقِّ عن الْمُسْتَحِقِّ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ إلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّا الْجَوَازَ بِالنَّصِّ وهو قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا النبي حَرِّضْ الْمُؤْمِنِينَ على الْقِتَالِ } وَالتَّنْفِيلُ تَحْرِيضٌ على الْقِتَالِ بأطماع زِيَادَةِ الْمَالِ لِأَنَّ من له زِيَادَةُ غنا (((غنى))) وَفَضْلُ شَجَاعَةٍ لَا يَرْضَى طَبْعُهُ بِإِظْهَارِ ذلك مع ما فيه من مُخَاطَرَةِ الرُّوحِ وَتَعْرِيضِ النَّفْسِ لِلْهَلَاكِ إلَّا بأطماع زِيَادَةٍ لَا يُشَارِكُهُ فيه غَيْرُهُ فإذا لم يَطْمَعْ لَا يَظْهَرُ فَلَا يَسْتَحِقُّ الزِّيَادَةَ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلَا حُجَّةَ له فيه لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ نَصَبَ ذلك الْقَوْلَ شَرْعًا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ نَصَبَهُ شَرْطًا وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ نَفَّلَ قَوْمًا بِأَعْيَانِهِمْ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ

نَظِيرُهُ قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ له أَنَّهُ لم يَجْعَلْهُ أبو حَنِيفَةَ حُجَّةً لِمِلْكِ الْأَرْضِ الْمُحْيَاةِ بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ لِمِثْلِ هذا الِاحْتِمَالِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا شَرْطُ جَوَازِهِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ قبل حُصُولِ الْغَنِيمَةِ في يَدِ الْغَانِمِينَ فإذا حَصَلَتْ في أَيْدِيهِمْ فَلَا نَفْلَ لِأَنَّ جَوَازَ التَّنْفِيلِ لِلتَّحْرِيضِ على الْقِتَالِ وَذَا لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا قبل أَخْذِ الْغَنِيمَةِ
فَإِنْ قِيلَ أَلَيْسَ أَنَّهُ رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نَفَّلَ بَعْدَ إحْرَازِ الْغَنِيمَةِ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنَّمَا نَفَّلَ من الْخُمْسِ أو من الصَّفِيِّ الذي كان له في الْغَنَائِمِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كان مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ تَعَالَى عليه فَسَمَّاهُ الرَّاوِي غَنِيمَةً
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا حُكْمُ التَّنْفِيلِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا اخْتِصَاصُ النَّفْلِ بِالْمُنَفَّلِ حتى لَا يُشَارِكَهُ فيه غَيْرُهُ
وَهَلْ يَثْبُتُ الْمِلْكُ فيه قبل الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ فَفِيهِ كَلَامٌ نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَالثَّانِي أَنَّهُ لَا خُمْسَ في النَّفْلِ لِأَنَّ الْخُمْسَ إنَّمَا يَجِبُ في غَنِيمَةٍ مُشْتَرَكَةٍ بين الْغَانِمِينَ
وَالنَّفَلُ ما أَخْلَصَهُ الْإِمَامُ لِصَاحِبِهِ وَقَطَعَ شَرِكَةَ الْأَغْيَارِ عنه فَلَا يَجِبُ فيه الْخُمْسُ وَيُشَارِكُ الْمُنَفَّلُ له الْغُزَاةَ في أَرْبَعَةِ أَخْمَاسِ ما أَصَابُوا لِأَنَّ الْإِصَابَةَ أو الْجِهَادَ حَصَلَ بِقُوَّةِ الْكُلِّ إلَّا أَنَّ الْإِمَامَ خَصَّ الْبَعْضَ بِبَعْضِهَا وَقَطَعَ حَقَّ الْبَاقِينَ عنه فَبَقِيَ حَقُّ الْكُلِّ مُتَعَلِّقًا بِمَا وَرَاءَهُ فَيُشَارِكُهُمْ فيه
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْفَيْءُ فَهُوَ اسْمٌ لِمَا لم يُوجِفْ عليه الْمُسْلِمُونَ بِخَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ نَحْوُ الْأَمْوَالِ الْمَبْعُوثَةِ بِالرِّسَالَةِ إلَى إمَامِ الْمُسْلِمِينَ وَالْأَمْوَالِ الْمَأْخُوذَةِ على مُوَادَعَةِ أَهْلِ الْحَرْبِ وَلَا خُمْسَ فيه لِأَنَّهُ ليس بِغَنِيمَةٍ إذْ هِيَ لِلْمَأْخُوذِ من الْكَفَرَةِ على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ ولم يُوجَدْ وقد كان الْفَيْءُ لِرَسُولِ اللَّهِ خَاصَّةً يَتَصَرَّفُ فيه كَيْفَ شَاءَ يَخْتَصُّهُ لِنَفْسِهِ أو يُفَرِّقُهُ فِيمَنْ شَاءَ قال اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { وما أَفَاءَ اللَّهُ على رَسُولِهِ منهم فما أَوْجَفْتُمْ عليه من خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ على من يَشَاءُ وَاَللَّهُ على كل شَيْءٍ قَدِيرٌ }

وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال كانت أَمْوَالُ بَنِي النَّضِيرِ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عز وجل على رَسُولِهِ وَكَانَتْ خَالِصَةً له وكان يُنْفِقُ منها على أَهْلِهِ نَفَقَةَ سَنَةٍ وما بَقِيَ جَعَلَهُ في الْكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ
وَلِهَذَا كانت فَدَكُ خَالِصَةً لِرَسُولِ اللَّهِ إذْ كانت لم يُوجِفْ عليها الصَّحَابَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ من خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ فإنه رُوِيَ أَنَّ أَهْلَ فَدَكَ لَمَّا بَلَّغَهُمْ أَهْلُ خَيْبَرَ أَنَّهُمْ سَأَلُوا رَسُولَ اللَّهِ أَنْ يُجْلِيَهُمْ وَيَحْقِنَ دِمَاءَهُمْ وَيُخَلُّوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَمْوَالِهِمْ بَعَثُوا إلَى رسول اللَّهِ وَصَالَحُوهُ على النِّصْفِ من فَدَكَ فَصَالَحَهُمْ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ على ذلك ثُمَّ الْفَرْقُ بين رسول اللَّهِ وَبَيْنَ الْأَئِمَّةِ في الْمَالِ الْمَبْعُوثِ

إلَيْهِمْ من أَهْلِ الْحَرْبِ أَنَّهُ يَكُونُ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ وكان لِرَسُولِ اللَّهِ خَاصَّةً أَنَّ الْإِمَامَ إنَّمَا أَشْرَكَ قَوْمَهُ في الْمَالِ الْمَبْعُوثِ إلَيْهِ من أَهْلِ الْحَرْبِ لِأَنَّ هَيْبَةَ الْأَئِمَّةِ بِسَبَبِ قَوْمِهِمْ فَكَانَتْ شَرِكَةً بَيْنَهُمْ
وَأَمَّا هَيْبَةُ رسول اللَّهِ فَكَانَتْ بِمَا نُصِرَ من الرُّعْبِ لَا بِأَصْحَابِهِ كما قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نُصِرْتُ بِالرُّعْبِ مَسِيرَةَ شَهْرَيْنِ لِذَلِكَ كان له أَنْ يَخْتَصَّ لِنَفْسِهِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا إذَا دخل حَرْبِيٌّ في دَارِ الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ أَمَانٍ فَأَخَذَهُ وَاحِدٌ من الْمُسْلِمِينَ يَكُونُ فَيْئًا لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَلَا يَخْتَصُّ بِهِ الْآخِذُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَكُونُ لِلْآخِذِ خَاصَّةً
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ وُجِدَ من الْآخِذِ خَاصَّةً فَيَخْتَصُّ بِمِلْكِهِ كما إذَا دَخَلَتْ طَائِفَةٌ من أَهْلِ الْحَرْبِ دَارَ الْإِسْلَامِ فَاسْتَقْبَلَتْهَا سَرِيَّةٌ من أَهْلِ الْإِسْلَامِ فَأَخَذَتْهَا أنهم يَخْتَصُّونَ بِمِلْكِهَا
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ وُجِدَ من الْآخِذِ خَاصَّةً أَنَّ السَّبَبَ هو الْأَخْذُ وَالِاسْتِيلَاءُ هو إثْبَاتُ الْيَدِ وقد وُجِدَ ذلك حَقِيقَةً من الْآخِذِ خَاصَّةً وَأَهْلُ الدَّارِ إنْ كانت لهم يَدٌ لَكِنَّهَا حُكْمِيَّةٌ وَيَدُ الْحَرْبِيِّ حقيقة (((حقيقية))) لِأَنَّهُ حُرٌّ وَالْحُرُّ في يَدِ نَفْسِهِ وَالْيَدُ الْحُكْمِيَّةُ لَا تَصْلُحُ مُبْطِلَةً لِلْيَدِ الْحَقِيقِيَّةِ لِأَنَّهَا دُونَهَا وَنَقْضُ الشَّيْءِ بِمَا هو مِثْلُهُ أو بِمَا هو فَوْقَهُ لَا بِمَا هو دُونَهُ فَأَمَّا يَدُ الْآخِذِ فَيَدٌ حَقِيقَةً وَهِيَ مُحِقَّةٌ وَيَدُ الْحَرْبِيِّ مُبْطِلَةٌ فَجَازَ إبْطَالُهَا بها
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ في مَحَلٍّ قَابِلٍ لِلْمِلْكِ وهو الْمُبَاحُ فَيَصِيرُ مِلْكًا لِلْكُلِّ كما إذَا اسْتَوْلَى جَمَاعَةٌ على صَيْدٍ وَإِنَّمَا قُلْنَا ذلك لِأَنَّهُ كل ما دخل دَارَ الْإِسْلَامِ فَقَدْ ثَبَتَ يَدُ أَهْلِ الدَّارِ عليه لِأَنَّ الدَّارَ في أَيْدِيهِمْ فما في الدَّارِ يَكُونُ في أَيْدِيهِمْ أَيْضًا وَلِهَذَا قُلْنَا إنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْغَانِمِينَ في الْغَنَائِمِ ما دَامُوا في دَارِ الْحَرْبِ كذا (((كهذا))) ههنا وقوله يَدُ أَهْلِ الدَّارِ يَدٌ حُكْمِيَّةٌ وَيَدُ الحربى حَقِيقِيَّةٌ فَلَا تُبْطِلُهَا
قُلْنَا وَيَدُ أَهْلِ الدَّارِ حَقِيقِيَّةٌ أَيْضًا لِأَنَّ الْمَعْنَى من الْيَدِ في هذه الْأَبْوَابِ الْقُدْرَةُ من حَيْثُ سَلَامَةُ الْأَسْبَابِ وَالْآلَاتِ وَلِأَهْلِ الدَّارِ آلَاتٌ سَلِيمَةٌ لو اسْتَعْمَلُوهَا في التَّصَرُّفِ عليه لَحَدَثَتْ لهم بِمَجْرَى الْعَادَةِ قُدْرَةٌ حَقِيقِيَّةٌ على وَجْهٍ لَا يُمْكِنُهُمْ مُقَاوَمَتُهُمْ وَمُعَارَضَتُهُمْ مع ما أَنَّهُ إذَا ثَبَتَ يَدُ الأخذ عليه حَقِيقَةً فَقَدْ ثَبَتَ يَدُ أَهْلِ الدَّارِ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ أَهْلِ الدَّارِ لِأَنَّ أَهْلَ دَارِ الْإِسْلَامِ كُلَّهُمْ مَنَعَةٌ وَاحِدَةٌ فَإِنَّهُمْ يَذُبُّونَ عن دِينٍ وَاحِدٍ فَكَانَتْ يَدُهُ يَدَ الْكُلِّ مَعْنًى كما إذَا دخل الْغُزَاةُ دَارَ الْحَرْبِ فَأَخَذَ وَاحِدٌ منهم شيئا من أَمْوَالِ الْكَفَرَةِ فإن الْمَأْخُوذَ يَكُونُ غَنِيمَةً مفسومة (((مقسومة))) بين الْكُلِّ كَذَا هذا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا السَّرِيَّتَانِ إذَا الْتَقَتَا في دَارِ الْإِسْلَامِ فَأَخَذَ منها سَرِيَّةُ الْإِمَامِ فَإِنَّمَا اخْتَصُّوا بمكلها (((بملكها))) لِلْحَاجَةِ وَالضَّرُورَةِ وَهِيَ أَنَّ بِالْإِمَامِ حَاجَةً إلَى بَعْثِ السَّرَايَا لِحِرَاسَةِ الْحَوْزَةِ وَحِمَايَةِ الْبَيْضَةِ عن شَرِّ الْكَفَرَةِ إذْ الْكَفَرَةُ يَقْصِدُونَ دَارَ الْإِسْلَامِ وَالدُّخُولَ في حُدُودِهَا بَغْتَةً فإذا عَلِمُوا بِبَعْثِ السَّرَايَا وَتَهَيُّئِهِمْ لِلذَّبِّ عن حَرِيمِ الْإِسْلَامِ قَطَعُوا الْأَطْمَاعَ فَبَقِيَتْ الْبَيْضَةُ مَحْرُوسَةً فَلَوْ لم يَخْتَصُّوا بِالْمَأْخُوذِ لَمَا انْقَادَ طَبْعُهُمْ لِكِفَايَةِ هذا الشُّغْلِ فَتَمْتَدُّ أَطْمَاعُ الْكَفَرَةِ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَلِهَذَا إذَا نَفَّلَ الْإِمَامُ سَرِيَّةً فَأَصَابُوا شيئا يَخْتَصُّونَ بِهِ لِوُقُوعِ الْحَاجَةِ إلَى التَّنْفِيلِ لِاخْتِصَاصِ بَعْضِ الْغُزَاةِ بِزِيَادَةِ

شَجَاعَةٍ لِأَنَّهُ لَا يَنْقَادُ طَبْعُهُ لإظهارها (((لإظهاره))) إلَّا بِالتَّرْغِيبِ بِزِيَادَةٍ من الْمُصَابِ بِالتَّنْفِيلِ كَذَا هذا

وَهَلْ يَجِبُ فيه الْخُمْسُ فَعَنْ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه رِوَايَتَانِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ لِأَنَّ الْخُمْسَ إنَّمَا يَجِبُ في الْغَنَائِمِ وَالْغَنِيمَةُ اسْمٌ لِلْمَالِ الْمَأْخُوذِ عَنْوَةً وَقَهْرًا بِإِيجَافِ الْخَيْلِ وَالرِّكَابِ ولم يُوجَدْ لِحُصُولِهِ في أَيْدِيهِمْ بِغَيْرِ قِتَالٍ فَكَانَ مُبَاحًا مُلِكَ لَا على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ فَلَا يَجِبُ فيه الْخُمْسُ كَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ

وَكَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجِبُ فيه الْخُمْسُ لِأَنَّ الْمِلْكَ عِنْدَهُ يَثْبُتُ بِأَخْذِهِ وَإِنَّمَا أَخَذَهُ على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ فَكَانَ في حُكْمِ الْغَنَائِمِ وَلَوْ دخل دَارَ الْإِسْلَامِ فَأَسْلَمَ قبل أَنْ يُؤْخَذَ ثُمَّ أَخَذَهُ وَاحِدٌ من الْمُسْلِمِينَ يَكُونُ فَيْئًا لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ أَيْضًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَكُونُ حُرًّا لَا سَبِيلَ لِأَحَدٍ عليه وَهَذَا فَرْعُ الْأَصْلِ الذي ذَكَرْنَا أَنَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كما دخل دَارَ الْإِسْلَامِ فَقَدْ انْعَقَدَ سَبَبُ الْمِلْكِ فيه لِوُقُوعِهِ في يَدِ أَهْلِ الدَّارِ فَاعْتِرَاضُ الْإِسْلَامِ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِ الْمِلْكِ لَا يَمْنَعُ الْمِلْكَ وَعِنْدَهُمَا سَبَبُ الْمِلْكِ هو الْأَخْذُ حَقِيقَةً فَكَانَ حُرًّا قَبْلَهُ حَيْثُ وُجِدَ الْإِسْلَامُ قبل وُجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ فيه فَيُمْنَعُ ثُبُوتُ الْمِلْكِ على ما مار (((مر)))

وَلَوْ رَجَعَ هذا الْحَرْبِيُّ إلَى دَارِ الْحَرْبِ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ فَيْئًا بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلِأَنَّ حَقَّ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَتَأَكَّدُ إلَّا بِالْأَخْذِ حَقِيقَةً ولم يُوجَدْ وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّهُ لم يَثْبُتْ الْمِلْكُ أَصْلًا إلَّا بِحَقِيقَةِ الْأَخْذِ ولم يُوجَدْ وَصَارَ هذا كما إذَا انْفَلَتَ وَاحِدٌ من الاسارى قبل الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَالْتَحَقَ بِمَنَعَتِهِمْ أنه يَعُودُ حُرًّا كما كان كَذَا هذا

وَلَوْ ادَّعَى هذا الْحَرْبِيُّ بِأَمَانٍ لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُقْبَلُ أَمَّا عِنْدَهُ فَلِأَنَّ دُخُولَ دَارِ الْحَرْبِ سَبَبُ ثُبُوتِ الْمِلْكِ

وَالْأَمَانُ عَارِضٌ مَانِعٌ من انْعِقَادِ السَّبَبِ فَلَا تُقْبَلُ دَعْوَى الْعَارِضِ إلَّا بِحُجَّةٍ

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الْمِلْكَ فيه يَقِفُ على حَقِيقَةِ الْأَخْذِ فَكَانَ حُرًّا قَبْلَهُ فكان دَعْوَى الْأَمَانِ دَعْوَى حُكْمِ الْأَصْلِ فَتُقْبَلُ

وَكَذَلِكَ لو قال الْآخِذُ إنِّي أمنته لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُقْبَلُ أَمَّا عِنْدَهُ فَلِأَنَّ هذا إقْرَارٌ يَتَضَمَّنُ إبْطَالَ حَقِّ الْغَيْرِ فَلَا يُقْبَلُ

وَعِنْدَهُمَا هذا إقْرَارٌ على نَفْسِهِ وأنه غَيْرُ مُتَّهَمٍ في حَقِّ نَفْسِهِ

وَلَوْ دخل هذا الْحَرْبِيُّ الْحَرَمَ قبل أَنْ يُؤْخَذَ فَهُوَ فَيْءٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَدُخُولُ الْحَرَمِ لايبطل ذلك عنه لِأَنَّ ما ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين الْحَرَمِ وَغَيْرِهِ

وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ الْإِسْلَامَ لم يُبْطِلْ الْمِلْكَ فَالْحَرَمُ أَوْلَى وَلِأَنَّ الْإِسْلَامَ أَعْظَمُ حُرْمَةً من الْحَرَمِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَكُونُ فَيْئًا إلَّا بِحَقِيقَةِ الْأَخْذِ فَيَبْقَى على أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ وَلَا يُتَعَرَّضُ له لَكِنَّهُ لَا يُطْعَمُ وَلَا يُسْقَى وَلَا يُؤْوَى وَلَا يُبَايَعُ حتى يَخْرُجَ من الْحَرَمِ

وَلَوْ أَمَّنَهُ رَجُلٌ من الْمُسْلِمِينَ في الْحَرَمِ أو بعدما خَرَجَ من الْحَرَمِ قبل أَنْ يُؤْخَذَ لم يَصِحَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ وَيُرَدُّ إلَى مَأْمَنِهِ لِأَنَّ عِنْدَهُ صَارَ فَيْئًا لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ بِنَفْسِ دُخُولِ دَارِ الْإِسْلَامِ

وَعِنْدَهُمَا لَا يَصِيرُ فَيْئًا إلَّا بِحَقِيقَةِ الْأَخْذِ فإذا أَمَّنَهُ قبل الْأَخْذِ يَصِحُّ وَلَا يَصِحُّ بَعْدَهُ لِأَنَّهُ مرقوق (((مرموق)))

وَلَوْ أَخَذَهُ رَجُلٌ في الْحَرَمِ وَأَخْرَجَهُ منه فَقَدْ أَسَاءَ وكان فَيْئًا لِجَمَاعَةِ

الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَكُونُ لِمَنْ أَخَذَهُ أَمَّا عِنْدَهُ فَلِأَنَّ الْمِلْكَ قد ثَبَتَ بِدُخُولِهِ دَارَ الْإِسْلَامِ فَالْأَخْذُ في الْحَرَمِ لَا يُبْطِلُهُ وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الْمِلْكَ وَإِنْ كان يَثْبُتُ بِالْأَخْذِ وأنه مَنْهِيٌّ لَكِنَّ النَّهْيَ لِغَيْرِهِ وهو حُرْمَةُ الْحَرَمِ فَلَا يَمْنَعُ كَوْنُهُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ في ذَاتِهِ كَالْبَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ وَنَحْوِ ذلك
وَلَوْ أَخَذَهُ في الْحَرَمِ ولم يُخْرِجْهُ فَيَنْبَغِي أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ في الْحَرَمِ رِعَايَةً لِحُرْمَةِ الْحَرَمِ ما دَامَ فيه
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْغَنِيمَةُ فَالْكَلَامُ فيها في مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ الْغَنِيمَةِ وفي بَيَانِ ما يَمْلِكُهُ الْإِمَامُ من التَّصَرُّفِ في الْغَنَائِمِ
وفي بَيَانِ مَكَانِ قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ وفي بَيَانِ ما يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ بِهِ من الْغَنَائِمِ وفي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ وفي بَيَانِ مَصَارِفِهَا
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْغَنِيمَةُ عِنْدَنَا اسْمٌ لِلْمَأْخُوذِ من أَهْلِ الْحَرْبِ على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ وهذا (((والأخذ))) الأخذ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِالْمَنَعَةِ إمَّا بِحَقِيقَةِ الْمَنَعَةِ أو بِدَلَالَةِ الْمَنَعَةِ وَهِيَ إذْنُ الْإِمَامِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ هِيَ اسْمٌ لِلْمَأْخُوذِ من أَهْلِ الْحَرْبِ كيفما كان وَلَا يَشْتَرِطُ له الْمَنَعَةَ أَصْلًا
وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ إذَا دخل جَمَاعَةٌ لهم مَنَعَةٌ دَارَ الْحَرْبِ فَأَخَذُوا أَمْوَالًا منهم فَإِنَّهَا تُقْسَمُ قِسْمَةَ الْغَنَائِمِ بِالْإِجْمَاعِ سَوَاءٌ دَخَلُوا بِإِذْنِ الْإِمَامِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ لِوُجُودِ الْأَخْذِ على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ لِوُجُودِ الْمَنَعَةِ الْقَائِمَةِ مَقَامَ الْمُقَاتَلَةِ حَقِيقَةً
وَأَقَلُّ الْمَنَعَةِ أَرْبَعَةٌ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَيْرُ الْأَصْحَابِ أَرْبَعَةٌ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أنها تِسْعَةٌ
وَلَوْ دخل من لَا مَنَعَةَ له بِإِذْنِ الْإِمَامِ كان الْمَأْخُوذُ غَنِيمَةً في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أَصْحَابِنَا لِوُجُودِ الْمَنَعَةِ دَلَالَةً على ما

نَذْكُرهُ
وَلَوْ دخل بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ لم يَكُنْ غَنِيمَةً عِنْدَنَا لِانْعِدَامِ الْمَنَعَةِ أَصْلًا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَكُونُ غَنِيمَةً وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ الْغَنِيمَةَ وَالْغَنَمَ وَالْمَغْنَمَ في اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَالٍ أُصِيبَ من أَمْوَالِ الْحَرْبِ وَأَوْجَفَ عليه الْمُسْلِمُونَ بِالْخَيْلِ وَالرِّكَابِ
وَكَذَا إشَارَةُ النَّصِّ دَلِيلٌ عليه وَهِيَ قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وما أَفَاءَ اللَّهُ على رَسُولِهِ منهم فما أَوْجَفْتُمْ عليه من خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ } أَشَارَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى إلَى أَنَّهُ ما لم يُوجِفْ عليه الْمُسْلِمُونَ بِالْخَيْلِ وَالرِّكَابِ لَا يَكُونُ غَنِيمَةً
وَإِصَابَةُ مَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ بِإِيجَافِ الْخَيْلِ وَالرِّكَابِ لَا يَكُونُ إلَّا بِالْمَنَعَةِ إمَّا حَقِيقَةً أو دَلَالَةً لِأَنَّ من لَا مَنَعَةَ له لَا يُمْكِنُهُ الْأَخْذُ على طَرِيقِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ فلم يَكُنْ الْمَأْخُوذُ غَنِيمَةً بَلْ كان مَالًا مُبَاحًا فَيَخْتَصُّ بِهِ الْآخِذُ كَالصَّيْدِ إلَّا إنْ أَخَذَاهُ جميعا فَيَكُونُ الْمَأْخُوذُ بَيْنَهُمَا كما لو أَخَذَا صَيْدًا
أَمَّا عِنْدَ وُجُودِ الْمَنَعَةِ فَيَتَحَقَّقُ الْأَخْذُ على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ
أَمَّا حَقِيقَةُ الْمَنَعَةِ فَظَاهِرَةٌ
وَكَذَا دَلَالَةُ الْمَنَعَةِ وَهِيَ إذْنُ الْإِمَامِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَذِنَ له الْإِمَامُ بِالدُّخُولِ فَقَدْ ضَمِنَ

له الْمَعُونَةَ بِالْمَدَدِ وَالنُّصْرَةِ عِنْدَ الْحَاجَةِ فَكَانَ دُخُولُهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ امْتِنَاعًا بِالْجَيْشِ الْكَثِيفِ مَعْنًى فَكَانَ الْمَأْخُوذُ مَأْخُوذًا على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ فَكَانَ غَنِيمَةً فَهُوَ الْفَرْقُ وَلَوْ اجْتَمَعَ فَرِيقَانِ أَحَدُهُمَا دخل بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَالْآخَرُ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَلَا مَنَعَةَ لهم فَالْحُكْمُ في كل فَرِيقٍ عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ ما هو الْحُكْمُ عِنْدَ الِانْفِرَادِ أَنَّهُ إنْ تَفَرَّدَ كُلُّ فَرِيقٍ بِأَخْذِ شَيْءٍ فَلِكُلِّ فَرِيقٍ ما أَخَذَ كما لو انْفَرَدَ كُلُّ فَرِيقٍ بِالدُّخُولِ فَأَخَذَ شيئاً فَإِنْ اشْتَرَكَ الْفَرِيقَانِ في الْأَخْذِ فَالْمَأْخُوذُ بَيْنَهُمْ على عَدَدِ الْآخِذِينَ ثُمَّ ما أَصَابَ الْمَأْذُونَ لهم يخمس (((بخمس))) وَيَكُونُ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ بَيْنَهُمْ مُشْتَرَكَةً فيه الْآخِذُ وَغَيْرُ الْآخِذِ لِأَنَّهُ غَنِيمَةٌ وَهَذَا سَبِيلُ الْغَنَائِمِ وما أَصَابَ الَّذِينَ لم يُؤْذَنْ لهم لَا خُمْسَ فيه فَيَكُونُ بين الأخذين وَلَا يُشَارِكُهُمْ الَّذِينَ لم يَأْخُذُوا لِأَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ وَهَذَا حُكْمُ الْمَالِ الْمُبَاحِ على ما بَيَّنَّا هذا إذَا اجْتَمَعَ فَرِيقَانِ وَلَا مَنَعَةَ لهم فَأَمَّا إذَا اجْتَمَعَا وكان لهم بِاجْتِمَاعِهِمْ مَنَعَةٌ فما أَصَابَ وَاحِدًا منهم أو جَمَاعَتَهُمْ يخُمُسٍ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ بَيْنَهُمْ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ غَنِيمَةٌ لِوُجُودِ الْمَنَعَةِ فَكَانَ وُجُودُ الْإِذْنِ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَوْ كان الَّذِينَ دَخَلُوا بِإِذْنِ الْإِمَامِ لهم مَنَعَةٌ ثُمَّ لَحِقَهُمْ لِصٌّ أو لِصَّانِ لَا مَنَعَةَ لَهُمَا بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ

ثُمَّ لَقَوْا قِتَالًا وَأَصَابُوا غَنَائِمَ فما أَصَابَ الْعَسْكَرَ قبل أَنْ يَلْحَقَهُمْ اللِّصُّ فإن هذا اللِّصَّ لَا يُشَارِكُهُمْ فيه وما أَصَابُوهُ بَعْدَ أَنْ لَحِقَ هذا اللِّصُّ بِهِمْ فإنه يُشَارِكُهُمْ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ قبل اللَّحَاقِ حَصَلَتْ بِقِتَالِ الْعَسْكَرِ حَقِيقَةً

وَكَذَلِكَ الْإِحْرَازُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ لهم غنيمة (((غنية))) عن مَعُونَةِ اللِّصِّ فَكَانَ دُخُولُهُ في الِاسْتِيلَاءِ على الْمُصَابِ قبل اللَّحَاقِ وَعَدَمِهِ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا يُشْبِهُ هذا الْجَيْشَ إذَا لَحِقَهُمْ الْمَدَدُ أَنَّهُ يُشَارِكُهُمْ فِيمَا أَصَابُوا لِأَنَّ الْجَيْشَ يَسْتَعِينُ بِالْمَدَدِ لِقُوَّتِهِمْ فَكَانَ الْإِحْرَازُ حَاصِلًا بِالْكُلِّ وَكَذَلِكَ الْإِصَابَةُ بَعْدَ اللُّحُوقِ حَصَلَتْ بِاسْتِيلَاءِ الْكُلِّ لِذَلِكَ شَارَكَهُمْ بِخِلَافِ اللِّصِّ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ أَخَذَ وَاحِدٌ من الْجَيْشِ شيئا من الْمَتَاعِ الذي له قِيمَةٌ وَلَيْسَ في يَدِ إنْسَانٍ منهم كَالْمَعَادِنِ وَالْكُنُوزِ وَالْخَشَبِ وَالسَّمَكِ فَذَلِكَ غَنِيمَةٌ وَفِيهِ الْخُمْسُ وَذَلِكَ الْوَاحِدُ إنَّمَا أَخَذَهُ بِمَنَعَةِ الْجَمَاعَةِ وَقُوَّتِهِمْ فَكَانَ مَالًا مَأْخُوذًا على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ فَكَانَ غَنِيمَةً وَإِنْ لم يَكُنْ لِذَلِكَ الشَّيْءِ في دَارِ الْحَرْبِ وفي دَارِ الْإِسْلَامِ قِيمَةٌ فَهُوَ له خَاصَّةً لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ له قِيمَةٌ لَا يَقَعُ فيه تَمَانُعٌ وَتَدَافُعٌ فَلَا يَقَعُ أَخْذُهُ على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ فلم يَكُنْ غَنِيمَةً

وَلَوْ أَخَذَ شيئا له قِيمَةٌ في دَارِ الْحَرْبِ نَحْوُ الْخَشَبِ فَعَمِلَهُ آنِيَةً أو غَيْرَهَا رَدَّهُ إلَى الْغَنِيمَةِ لِأَنَّهُ إذَا كان له قِيمَةٌ بِذَاتِهِ فَالْعَمَلُ فيه فَضْلٌ له فَإِنْ لم يَكُنْ ذلك الشَّيْءُ مُتَقَوِّمًا فَهُوَ له خَاصَّةً لِمَا قُلْنَا وَلَا خُمْسَ فِيمَا يُؤْخَذُ على مُوَادَعَةِ أَهْلِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ ليس بِمَأْخُوذٍ على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ فلم يَكُنْ غَنِيمَةً

وَكَذَا ما بُعِثَ رِسَالَةً إلَى إمَامِ الْمُسْلِمِينَ لَا خُمْسَ فيه لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ حَاصَرَ الْمُسْلِمُونَ قَلْعَةً في دَارِ الْحَرْبِ فَافْتَدَوْا أَنْفُسَهُمْ بِمَالٍ فَفِيهِ الْخُمْسُ لِأَنَّهُ غَنِيمَةٌ لِكَوْنِهِ مَأْخُوذًا على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ ما يَمْلِكُهُ الْإِمَامُ من التَّصَرُّفِ في الْغَنَائِمِ فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّهُ إذَا ظَهَرَ الْإِمَامُ على بِلَادِ أَهْلِ الْحَرْبِ فَالْمُسْتَوْلَى عليه لَا يَخْلُو من أَحَدِ أَنْوَاعٍ ثَلَاثَةٍ الْمَتَاعُ وَالْأَرَاضِي وَالرِّقَابُ

أَمَّا الْمَتَاعُ فإنه يُخَمَّسُ وَيُقْسَمُ الْبَاقِي بين الْغَانِمِينَ وَلَا خِيَارَ لِلْإِمَامِ فيه

وَأَمَّا الْأَرَاضِي فَلِلْإِمَامِ فيها خِيَارَانِ إنْ شَاءَ خَمَّسَهَا وَيَقْسِمُ الْبَاقِيَ بين الْغَانِمِينَ لِمَا بَيَّنَّا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا في يَدِ أَهْلِهَا بِالْخَرَاجِ وَجَعَلَهُمْ ذِمَّةً إنْ كَانُوا بِمَحَلِّ الذِّمَّةِ بِأَنْ كَانُوا من أَهْلِ الْكِتَابِ أو من مُشْرِكِي الْعَجَمِ وَوَضَعَ الْجِزْيَةَ

على رؤوسهم وَالْخَرَاجَ على أَرَاضِيهِمْ
وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ

(7/118)

الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس لِلْإِمَامِ أَنْ يَتْرُكَ الْأَرَاضِيَ في أَيْدِيهِمْ بِالْخَرَاجِ بَلْ يَقْسِمُهَا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْأَرَاضِيَ صَارَتْ مِلْكًا لِلْغُزَاةِ بِالِاسْتِيلَاءِ فَكَانَ التَّرْكُ في أَيْدِيهِمْ إبْطَالًا لِمِلْكِ الْغُزَاةِ فَلَا يَمْلِكُهُ الْإِمَامُ كَالْمَتَاعِ
وَلَنَا إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فإن سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه لَمَّا فَتَحَ سَوَادَ الْعِرَاقِ تَرَكَ الْأَرَاضِيَ في أَيْدِيهِمْ وَضَرَبَ على رُؤُوسِهِمْ الْجِزْيَةَ وَعَلَى أَرَاضِيهِمْ الْخَرَاجَ بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ الْكِرَامِ رضي اللَّهُ تعالى عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فَكَانَ ذلك إجْمَاعًا منهم
وَأَمَّا الرِّقَابُ فَالْإِمَامُ فيها بين خِيَارَاتٍ ثلاثة (((ثلاث))) إنْ شَاءَ قَتَلَ الْأَسَارَى منهم وَهُمْ الرِّجَالُ الْمُقَاتِلَةُ وَسَبَى النِّسَاءَ وَالذَّرَارِيَّ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ } وَهَذَا بَعْدَ الْأَخْذِ وَالْأَسْرِ لِأَنَّ الضَّرْبَ فَوْقَ الْأَعْنَاقِ هو الْإِبَانَةُ من الْمِفْصَلِ وَلَا يُقْدَرُ على ذلك حَالَ الْقِتَالِ وَيُقْدَرُ عليه بَعْدَ الْأَخْذِ وَالْأَسْرِ
وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ لَمَّا اسْتَشَارَ الصَّحَابَةَ الْكِرَامَ رضي اللَّهُ تعالى عَنْهُمْ في أُسَارَى بَدْرٍ فَأَشَارَ بَعْضُهُمْ إلَى الْفِدَاءِ وَأَشَارَ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه إلَى الْقَتْلِ فقال رسول اللَّهِ لو جَاءَتْ من السَّمَاءِ نَارٌ ما نجى (((نجا))) إلَّا عُمَرُ أَشَارَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إلَى أَنَّ الصَّوَابَ كان هو الْقَتْلَ
وَكَذَا رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِقَتْلِ عُقْبَةَ بن أبي مُعَيْطٍ وَالنَّضْرِ بن الْحَارِثِ يوم بَدْرٍ وَبِقَتْلِ هِلَالِ بن خَطَلٍ وَمَقِيسِ بن صَبَابَةَ يوم فَتْحِ مَكَّةَ وَلِأَنَّ الْمَصْلَحَةَ قد تَكُونُ في الْقَتْلِ لِمَا فيه من اسْتِئْصَالِهِمْ فَكَانَ لِلْإِمَامِ ذلك وَإِنْ شَاءَ اسْتَرَقَّ الْكُلَّ فَخَمَسَهُمْ وَقَسَمَهُمْ لِأَنَّ الْكُلَّ غَنِيمَةٌ حَقِيقَةً لِحُصُولِهَا في أَيْدِيهِمْ عَنْوَةً وَقَهْرًا بِإِيجَافِ الْخَيْلِ وَالرِّكَابِ فَكَانَ له أَنْ يَقْسِمَ الْكُلَّ إلَّا رِجَالَ مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ فَإِنَّهُمْ لَا يُسْتَرَقُّونَ عِنْدَنَا بَلْ يُقْتَلُونَ أو يُسْلِمُونَ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُ مُشْرِكِي الْعَجَمِ وَأَهْلِ الْكِتَابِ من الْعَجَمِ وَالْعَرَبِ فَكَذَا اسْتِرْقَاقُ مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ
وَهَذَا لِأَنَّ لِلِاسْتِرْقَاقِ حُكْمَ الْكُفْرِ وَهُمْ في الْكُفْرِ سَوَاءٌ فَكَانُوا في احْتِمَالِ الِاسْتِرْقَاقِ سَوَاءٌ
وَلَنَا قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ } إلَى قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ } وَلِأَنَّ تَرْكَ الْقَتْلِ بِالِاسْتِرْقَاقِ في حَقِّ أَهْلِ الْكِتَابِ وَمُشْرِكِي الْعَجَمِ لِلتَّوَسُّلِ إلَى الْإِسْلَامِ وَمَعْنَى الْوَسِيلَةِ لَا يَتَحَقَّقُ في حَقِّ مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ على نَحْوِ ما بَيَّنَّا من قَبْلُ
وَأَمَّا النِّسَاءُ وَالذَّرَارِيُّ منهم فَيُسْتَرَقُّونَ كما يُسْتَرَقُّ نِسَاءُ مُشْرِكِي الْعَجَمِ وَذَرَارِيِّهِمْ لِأَنَّ النبي اسْتَرَقَّ نِسَاءَ هَوَازِنَ وَذَرَارِيَّهُمْ وَهُمْ من صَمِيمِ الْعَرَبِ وَكَذَا الصَّحَابَةُ اسْتَرَقُّوا نِسَاءَ الْمُرْتَدِّينَ من الْعَرَبِ وَذَرَارِيَّهُمْ وَإِنْ شَاءَ مَنَّ

عليهم وَتَرَكَهُمْ أَحْرَارًا بِالذِّمَّةِ كما فَعَلَ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه بِسَوَادِ الْعِرَاقِ إلَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ فإنه لَا يَجُوزُ تَرْكُهُمْ بِالذِّمَّةِ وَعَقْدِ الْجِزْيَةِ كما لَا يَجُوزُ بِالِاسْتِرْقَاقِ لِمَا بَيَّنَّا

وَلَوْ شَهِدُوا بِشَهَادَةٍ قبل أَنْ يَجْعَلَهُمْ الْإِمَامُ ذِمَّةً لم تَجُزْ شَهَادَتُهُمْ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ الْحَرْبِ فَإِنْ جَعَلَهُمْ ذِمَّةً فَأَعَادُوا الشَّهَادَةَ جَازَتْ لِأَنَّ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ مَقْبُولَةٌ في الْجُمْلَةِ فَأَمَّا شَهَادَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ فَغَيْرُ مَقْبُولَةٍ أَصْلًا وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَمُنَّ على الْأَسِيرِ فَيَتْرُكَهُ من غَيْرِ ذِمَّةٍ لَا يَقْتُلُهُ وَلَا يَقْسِمُهُ لِأَنَّهُ لو فَعَلَ ذلك لَرَجَعَ إلَى الْمَنَعَةِ فَيَصِيرُ حَرْبًا عَلَيْنَا

فَإِنْ قِيلَ إنَّ رَسُولَ اللَّهِ مَنَّ على الزُّبَيْرِ بن باطا (((باطال))) من بَنِي قُرَيْظَةَ وَكَذَا مَنَّ على أَهْلِ خَيْبَرَ

فَالْجَوَابُ أَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ مَنَّ على الزُّبَيْرِ ولم يَقْتُلْهُ إمَّا لِأَنَّهُ لم يَثْبُتْ أَنَّهُ تُرِكَ بِالْجِزْيَةِ أَمْ بِدُونِهَا فَاحْتَمَلَ أَنَّهُ تَرَكَهُ بِالْجِزْيَةِ وَبِعَقْدِ الذِّمَّةِ

وَأَمَّا أَهْلُ خَيْبَرَ فَقَدْ كَانُوا أَهْلَ الْكِتَابِ فَتَرَكَهُمْ وَمَنَّ عليهم لِيَصِيرُوا كَرَّةً لِلْمُسْلِمِينَ وَيَجُوزُ الْمَنُّ لِذَلِكَ لِأَنَّ ذلك في مَعْنَى الْجِزْيَةِ فَيَكُونُ تَرْكًا بِالْجِزْيَةِ من حَيْثُ الْمَعْنَى وَهَلْ لِلْإِمَامِ أَنْ يُفَادِيَ الْأَسَارَى أَمَّا الْمُفَادَاةُ بِالْمَالِ فَلَا تَجُوزُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا في ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ

وقال مُحَمَّدٌ مُفَادَاةُ الشَّيْخِ الْكَبِيرِ الذي لَا يُرْجَى له وَلَدٌ تَجُوزُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجُوزُ الْمُفَادَاةُ بِالْمَالِ كَيْفَ ما كان

وَاحْتَجَّ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ عز وجل { فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً } وقد فَادَى رسول اللَّهِ أَسَارَى بَدْرٍ بِالْمَالِ وَأَدْنَى دَرَجَاتِ فِعْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْجَوَازُ وَالْإِبَاحَةُ وَلَنَا أَنَّ قَتْلَ الْأَسْرَى مَأْمُورٌ بِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ } وَأَنَّهُ مُنْصَرِفٌ إلَى ما بَعْدَ الْأَخْذِ وَالِاسْتِرْقَاقِ لِمَا قُلْنَا

وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ } وَالْأَمْرُ بِالْقَتْلِ لِلتَّوَسُّلِ إلَى الْإِسْلَامِ فَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ إلَّا لِمَا شُرِعَ له الْقَتْلُ وهو أَنْ يَكُونَ وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ وَلَا يَحْصُلُ مَعْنَى التَّوَسُّلِ بِالْمُفَادَاةِ فَلَا يَجُوزُ

تَرْكُ الْمَفْرُوضِ لِأَجَلِهِ وَيَحْصُلُ بِالذِّمَّةِ وَالِاسْتِرْقَاقِ لِمَا بَيَّنَّا فَكَانَ إقَامَةً لِلْفَرْضِ مَعْنًى لَا تَرْكًا لَه وَلِأَنَّ الْمُفَادَاةَ بِالْمَالِ إعَانَةٌ لِأَهْلِ الْحَرْبِ على الْحِرَابِ لِأَنَّهُمْ يَرْجِعُونَ إلَى الْمَنَعَةِ فَيَصِيرُونَ حَرْبًا عَلَيْنَا وَهَذَا لَا يَجُوزُ

وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يقول مَعْنَى الْإِعَانَةِ لَا يَحْصُلُ من الشَّيْخِ الْكَبِيرِ الذي لَا يُرْجَى منه وَلَدٌ فَجَازَ فِدَاؤُهُ بِالْمَالِ ولكنا (((ولكننا))) نَقُولُ إنْ كان لَا يَحْصُلُ بهذا الطَّرِيقِ يَحْصُلُ بِطَرِيقٍ آخَرَ وهو الرَّأْيُ وَالْمَشُورَةُ وَتَكْثِيرُ السَّوَادِ وَأَمَّا قَوْله تَعَالَى { فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً } فَقَدْ قال بَعْضُ أَهْلِ التَّفْسِيرِ إنَّ الْآيَةَ مَنْسُوخَةٌ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ } وَقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاَللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ } الْآيَةَ لِأَنَّ سُورَةَ بَرَاءَةٍ نَزَلَتْ بَعْدَ سُورَةِ مُحَمَّدٍ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ الْآيَةُ في أَهْلِ الْكِتَابِ فِيمَنْ عليهم بَعْدَ أَسْرِهِمْ على أَنْ يَصِيرُوا كَرَّةً لِلْمُسْلِمِينَ كما فَعَلَ رسول اللَّهِ بِأَهْلِ خَيْبَرَ أو ذِمَّةً كما فَعَلَ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه بِأَهْلِ السَّوَادِ وَيُسْتَرَقُّونَ

وَأَمَّا أَسَارَى بَدْرٍ فَقَدْ قِيلَ إنَّ رَسُولَ اللَّهِ إنَّمَا فَعَلَ ذلك بِاجْتِهَادِهِ ولم يَنْتَظِرْ الْوَحْيَ فَعُوتِبَ عليه بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { لَوْلَا كِتَابٌ من اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ } حتى قال عليه السلام لو أَنْزَلَ اللَّهُ من السَّمَاءِ نَارًا ما نجي (((نجا))) إلَّا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه يَدُلُّ عليه قَوْله { ما كان لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ له أَسْرَى حتى يُثْخِنَ في الْأَرْضِ } على أَحَدِ وَجْهَيْ التَّأْوِيلِ أَيْ ما كان لِنَبِيٍّ أَنْ يَأْخُذَ الْفِدَاءَ في الْأَسَارَى حتى يُثْخِنَ في الْأَرْضِ أَيْ حتى يَغْلِبَ في الْأَرْضِ مَنَعَةً عن أَخْذِ الفذاء (((الفداء))) بها وَأَشَارَ إلَى أَنَّ ذلك لِيَغْلِبَ في الْأَرْضِ إذْ لو أَطْلَقَهُمْ لَرَجَعُوا إلَى الْمَنَعَةِ وَصَارُوا حَرْبًا على الْمُسْلِمِينَ فَلَا تتحق (((تتحقق))) الْغَلَبَةُ وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُفَادَاةَ كانت جَائِزَةً ثُمَّ انْتَسَخَتْ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ } وقوله تعالى { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ } وَإِنَّمَا عُوتِبَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بقوله تعالى { لَوْلَا كِتَابٌ من اللَّهِ سَبَقَ } لَا لِخَطَرِ الْمُفَادَاةِ بَلْ لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لم يَنْتَظِرْ بُلُوغَ الْوَحْيِ وَعَمِلَ بِاجْتِهَادِهِ أَيْ لَوْلَا من حُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ لَا يُعَذِّبَ أَحَدًا على الْعَمَلِ بِالِاجْتِهَادِ لَمَسَّكُمْ الْعَذَابُ بِالْعَمَلِ بِالِاجْتِهَادِ وَتَرْكِكُمْ انْتِظَارَ الْوَحْيِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَكَذَا لَا يجوز (((تجوز))) مُفَادَاةُ الْكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ بِالْمَالِ لِأَنَّ كُلَّ ذلك يَرْجِعُ إلَى إعَانَتِهِمْ على الْحَرْبِ

وَتَجُوزُ مُفَادَاةُ أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالثِّيَابِ وَنَحْوِهَا مِمَّا ليس فيها إعَانَةٌ لهم على الْحَرْبِ وَلَا يُفَادُونَ بِالسِّلَاحِ لِأَنَّ فيه إعَانَةً لهم على الْحَرْبِ

وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا مُفَادَاةُ الْأَسِيرِ بالأسير فَلَا تَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ تَجُوزُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ في الْمُفَادَاةِ إنْقَاذَ الْمُسْلِمِ وَذَلِكَ أَوْلَى من إهْلَاكِ الْكَافِرِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ما ذَكَرْنَا أَنَّ قَتْلَ الْمُشْرِكِينَ فَرْضٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ } وقَوْله تَعَالَى { فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ } فَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ إلَّا لِمَا شُرِعَ له إقَامَةُ الْفَرْضِ وهو التَّوَسُّلُ إلَى الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ تَرْكًا مَعْنًى وَذَا لَا يَحْصُلُ بِالْمُفَادَاةِ وَيَحْصُلُ بِالذِّمَّةِ وَالِاسْتِرْقَاقِ فِيمَنْ يَحْتَمِلُ ذلك على ما بَيَّنَّا وَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ فيها إعَانَةً لِأَهْلِ الْحَرْبِ على الْحَرْبِ لِأَنَّهُمْ يَرْجِعُونَ إلَى الْمَنَعَةِ فَيَصِيرُونَ حَرْبًا على الْمُسْلِمِينَ

ثُمَّ اخْتَلَفَ أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِيمَا بَيْنَهُمَا قال أبو يُوسُفَ تَجُوزُ الْمُفَادَاةُ قبل الْقِسْمَةِ وَلَا تَجُوزُ بَعْدَهَا وقال مُحَمَّدٌ تَجُوزُ في الْحَالَيْنِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَمَّا جَازَتْ الْمُفَادَاةُ قبل الْقِسْمَةِ فَكَذَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ لِأَنَّ الْمِلْكَ إنْ لم يَثْبُتْ قبل الْقِسْمَةِ فَالْحَقُّ ثَابِتٌ ثُمَّ قِيَامُ الْحَقِّ لم يَمْنَعْ جَوَازَ الْمُفَادَاةِ فَكَذَا قِيَامُ الْمِلْكِ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمُفَادَاةَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ إبْطَالُ مِلْكِ الْمَقْسُومِ له من غَيْرِ رِضَاهُ وَهَذَا لَا يَجُوزُ في الْأَصْلِ بِخِلَافِ ما قبل الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ قبل الْقِسْمَةِ إنَّمَا الثَّابِتُ حَقٌّ غَيْرُ مُتَقَرِّرٍ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُحْتَمِلًا لِلْإِبْطَالِ بِالْمُفَادَاةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطَى رَجُلٌ وَاحِدٌ من الْأَسَارَى وَيُؤْخَذَ بَدَلَهُ رَجُلَيْنِ من الْمُشْرِكِينَ لِأَنَّ كَمْ من وَاحِدٍ يَغْلِبُ اثْنَيْنِ وَأَكْثَرَ من ذلك فَيُؤَدِّي إلَى الْإِعَانَةِ على الْحَرْبِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ

وإذا عَزَمَ الْمُسْلِمُونَ على قَتْلِ الْأَسَارَى فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُعَذِّبُوهُمْ بِالْجُوعِ وَالْعَطَشِ وَغَيْرِ ذلك من أَنْوَاعِ التَّعْذِيبِ لِأَنَّ ذلك تَعْذِيبٌ من غَيْرِ فَائِدَةٍ وقد

رُوِيَ أَنْ رَسُولَ اللَّهِ قال في بَنِي قُرَيْظَةَ لَا تَجْمَعُوا عليهم حَرَّ هذا الْيَوْمِ وَحَرَّ السِّلَاحِ وَلَا تُمَثِّلُوا بِهِمْ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في وَصَايَا الْأُمَرَاءِ وَلَا تُمَثِّلُوا

وَلَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ أَنْ يَقْتُلَ أَسِيرَ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ لو ضَرْبُ اخْتِصَاصٍ بِهِ حَيْثُ أَخَذَهُ وَأَسَرَهُ فلم يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فيه كما لو الْتَقَطَ شيئا وَالْأَفْضَلُ

أَنْ يَأْتِيَ بِهِ الْإِمَامَ إنْ قَدَرَ عليه حتى يَكُونَ الْإِمَامُ هو الْحَكَمَ فيه لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغُزَاةِ بِهِ فَكَانَ الْحُكْمُ فيه لِلْإِمَامِ وَإِنَّمَا يُقْتَلُ من الْأَسَارَى من بَلَغَ إمَّا بِالسِّنِّ أو بِالِاحْتِلَامِ على قَدْرِ ما اُخْتُلِفَ فيه
فَأَمَّا من لم يَبْلُغْ أو شُكَّ في بُلُوغِهِ فَلَا يُقْتَلُ
وَكَذَا الْمَعْتُوهُ الذي لَا يَعْقِلُ لِمَا بَيَّنَّا من قَبْلُ
فَلَوْ قَتَلَ رَجُلٌ من الْمُسْلِمِينَ أَسِيرًا في دَارِ الْحَرْبِ أو في دَارِ الْإِسْلَامِ فَإِنْ كان قبل الْقِسْمَةِ فَلَا شَيْءَ فيه من دِيَةٍ وَلَا كَفَّارَةٍ وَلَا قِيمَةٍ لِأَنَّ دَمَهُ غَيْرُ مَعْصُومٍ قبل الْقِسْمَةِ فإن لِلْإِمَامِ فيه خِيَرَةَ الْقَتْلِ وَإِنْ كان بَعْدَ الْقِسْمَةِ أو بَعْدَ الْبَيْعِ فَيُرَاعَى فيه حُكْمُ الْقَتْلِ لِأَنَّ الْإِمَامَ إذَا قَسَمَهُمْ أو بَاعَهُمْ فَقَدْ صَارَ دَمُهُمْ مَعْصُومًا فَكَانَ مَضْمُونًا بِالْقَتْلِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِقِيَامِ شُبْهَةِ الْإِبَاحَةِ كَالْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ
ثُمَّ ما ذَكَرْنَا من خِيَارِ الْقَتْلِ لِلْإِمَامِ في الْأَسَارَى قبل الْقِسْمَةِ إذَا لم يُسْلِمُوا فَإِنْ أَسْلَمُوا قبل الْقِسْمَةِ فَلَا يُبَاحُ قَتْلُهُمْ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ عَاصِمٌ وَلِلْإِمَامِ خِيَارَانِ فِيهِمْ إنْ شَاءَ اسْتَرَقَّهُمْ فَقَسَمَهُمْ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا بِالذِّمَّةِ إنْ كَانُوا بِمَحَلِّ الذِّمَّةِ وَالِاسْتِرْقَاقِ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ لَا يَرْفَعُ الرِّقَّ إمَّا لَا يَرْفَعُهُ لِأَنَّ الرَّفْعَ فيه إبْطَالُ حَقِّ الْغُزَاةِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَأَمَّا بَيَانُ قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْقِسْمَةُ نَوْعَانِ قِسْمَةُ حَمْلٍ وَنَقْلٍ وَقِسْمَةُ مِلْكٍ
أَمَّا قِسْمَةُ الْحَمْلِ فَهِيَ إنْ عَزَّتْ الدَّوَابُّ ولم يَجِدْ الْإِمَامُ حَمُولَةً يُفَرِّقُ الْغَنَائِمَ على الْغُزَاةِ فَيَحْمِلُ كُلُّ رَجُلٍ على قَدْرِ نَصِيبِهِ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ يَسْتَرِدُّهَا منهم فَيَقْسِمُهَا قِسْمَةَ مِلْكٍ وَهَذِهِ الْقِسْمَةُ جَائِزَةٌ بِلَا خِلَافٍ وَلَا تَكُونُ قِسْمَةَ مِلْكٍ كَالْمُودِعَيْنِ يَقْتَسِمَانِ الْوَدِيعَةَ لِيَحْفَظَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْضَهَا جَازَ ذلك وَتَكُونُ قِسْمَةَ مِلْكٍ فَكَذَا هذا
وَأَمَّا قِسْمَةُ الْمِلْكِ فَلَا تَجُوزُ في دَارِ الْحَرْبِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجُوزُ
وَهَذَا الِاخْتِلَافُ مَبْنِيٌّ على أَصْلٍ وهو أَنَّ الْمِلْكَ هل يَثْبُتُ في الْغَنَائِمِ في دَارِ الْحَرْبِ لِلْغُزَاةِ فَعِنْدَنَا لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ أَصْلًا فيها لَا من كل وَجْهٍ وَلَا من وَجْهٍ وَلَكِنْ يَنْعَقِدُ سَبَبُ الْمِلْكِ فيها على أَنْ تَصِيرَ عِلَّةً عِنْدَ الإحراز (((الأحرار))) بِدَارِ الْإِسْلَامِ وهو تَفْسِيرُ حَقِّ الْمِلْكِ أو حَقِّ التَّمَلُّكِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ قبل الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْقِتَالِ قَوْلًا وَاحِدًا وَلَهُ في حَالِ فَوْرِ الْهَزِيمَةِ قَوْلَانِ
وَيُبْتَنَى على هذا الْأَصْلِ مَسَائِلُ منها أَنَّهُ إذَا مَاتَ وَاحِدٌ من الْغَانِمِينَ في دَارِ الْحَرْبِ لَا يُورَثُ نَصِيبُهُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يُورَثُ

وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنَّ الْمَدَدَ إذَا لَحِقَ الْجَيْشَ فَأَحْرَزُوا الْغَنَائِمَ جُمْلَةً إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ يُشَارِكُونَهُمْ فيها عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يُشَارِكُونَهُمْ
وَمِنْهَا أَنَّهُ إذَا أَتْلَفَ وَاحِدٌ من الْغَانِمِينَ شيئا من الْغَنِيمَةِ لَا يَضْمَنُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يَضْمَنُ
وَمِنْهَا أَنَّ الْإِمَامَ إذَا بَاعَ شيئا من الْغَنَائِمِ لَا لِحَاجَةِ الْغُزَاةِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يَجُوزُ
وَمِنْهَا أَنَّ الْإِمَامَ إذَا قَسَمَ الْغَنَائِمَ في دَارِ الْحَرْبِ مُجَازِفًا غير مُجْتَهِدٍ وَلَا مُعْتَقِدٍ جَوَازَ الْقِسْمَةِ لَا تَجُوزُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ تَجُوزُ
فَأَمَّا إذَا رَأَى الْإِمَامُ الْقِسْمَةَ فَقَسَمَهَا نَفَذَتْ قِسْمَتُهُ بِالْإِجْمَاعِ
وَكَذَلِكَ لو رَأَى الْبَيْعَ فَبَاعَهَا لِأَنَّهُ حُكْمٌ أَمْضَاهُ في مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ بِالِاجْتِهَادِ فَيَنْفُذُ

وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قَسَمَ غَنَائِمَ خَيْبَرَ بِخَيْبَرَ وَقَسَمَ غَنَائِمَ أَوْطَاسٍ بِأَوْطَاسٍ وَقَسَمَ غَنَائِمَ بَنِي الْمُصْطَلِقِ في دِيَارِهِمْ
وَقَسَمَ غَنَائِمَ بَدْرٍ بِالْجِعْرَانَةِ وَهِيَ وَادٍ من أَوْدِيَةِ بَدْرٍ وَأَدْنَى ما يُحْمَلُ عليه فِعْلُ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ هو الْجَوَازُ وَالْإِبَاحَةُ وَلِأَنَّهُ وَجَدَ الِاسْتِيلَاءَ على مَالٍ مُبَاحٍ فَيُفِيدُ الْمِلْكَ اسْتِدْلَالًا بِالِاسْتِيلَاءِ على الْحَطَبِ وَالْحَشِيشِ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْمُسْتَوْلَى عليه مَالٌ مُبَاحٌ لِأَنَّهُ مَالُ الْكَافِرِ وإنه مُبَاحٌ
وَالدَّلِيلُ على تَحَقُّقِ الِاسْتِيلَاءِ أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ عِبَارَةٌ عن إثْبَاتِ الْيَدِ على الْمَحَلِّ وقد وُجِدَ ذلك حَقِيقَةً وَإِنْكَارُ الْحَقَائِقِ مُكَابَرَةٌ وَرَجْعَةُ الْكُفَّارِ بَعْدَ انْهِزَامِهِمْ وَاسْتِرْدَادِهِمْ أَمْرٌ مَوْهُومٌ لَا دَلِيلَ عليه فَلَا يُعْتَبَرُ
وَلَنَا أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ إنَّمَا يُفِيدُ الْمِلْكَ إذَا وَرَدَ على مَالٍ مُبَاحٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ولم يُوجَدْ ههنا
لِأَنَّ مِلْكَ الْكَفَرَةِ قَائِمٌ لِأَنَّ مِلْكَ الْكَفَرَةِ كان ثَابِتًا لهم وَالْمِلْكُ مَتَى ثَبَتَ لِإِنْسَانٍ لَا يَزُولُ إلَّا بِإِزَالَتِهِ أو يَخْرُجُ الْمَحَلُّ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ حَقِيقَةً بِالْهَلَاكِ أو بِعَجْزِ الْمَالِكِ عن الِانْتِفَاعِ بِهِ دَفْعًا لِلتَّنَاقُضِ فِيمَا شُرِعَ الْمِلْكُ له ولم يُوجَدْ شَيْءٌ من ذلك
أَمَّا الْإِزَالَةُ وَهَلَاكُ الْمَحَلِّ فَظَاهِرُ الْعَدَمِ
وَأَمَّا قُدْرَةُ الْكَفَرَةِ على الِانْتِفَاعِ بِأَمْوَالِهِمْ فَلِأَنَّ الْغُزَاةَ ما دَامُوا في دَارِ الْحَرْبِ فَالِاسْتِرْدَادُ ليس بِنَادِرٍ بَلْ هو ظَاهِرٌ أو مُحْتَمَلٌ احْتِمَالًا على السَّوَاءِ وَالْمِلْكُ كان ثَابِتًا لهم فَلَا يَزُولُ مع الِاحْتِمَالِ وَأَمَّا الْأَحَادِيثُ فَأَمَّا غَنَائِمُ خَيْبَرَ وَأَوْطَاسَ وَالْمُصْطَلِقِ فَإِنَّمَا قَسَمَهَا رسول اللَّهِ في تِلْكَ الدِّيَارِ لِأَنَّهُ افْتَتَحَهَا فَصَارَتْ دِيَارَ الْإِسْلَامِ
وَأَمَّا غَنَائِمُ بَدْرٍ فَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَهَا بِالْمَدِينَةِ فَلَا يَصِحُّ الِاحْتِجَاجُ

بِهِ مع التَّعَارُضِ ثُمَّ الْمِلْكُ إنْ لم يَثْبُتْ لِلْغُزَاةِ في الْغَنَائِمِ في دَارِ الْحَرْبِ فَقَدْ ثَبَتَ الْحَقُّ لهم حتى يَجُوزَ لهم الِانْتِفَاعُ بها من غَيْرِ حَاجَةٍ على ما نَذْكُرُهُ وَلَوْلَا تَعَلُّقُ الْحَقِّ لَجَازَ لِأَنَّهُ يَكُونُ مَالًا مُبَاحًا

وَكَذَا لو وطِىء وَاحِدٌ من الْغُزَاةِ جَارِيَةً من الْمَغْنَمِ لَا يَجِبُ عليه الْحَدُّ لِأَنَّ له فِيهَا حَقًّا فَأَورِثَ شُبْهَةً في دَرْءِ الْحَدِّ وَلَا يَجِبُ عليه الْعُقْرُ أَيْضًا لِأَنَّهُ بِالْوَطْءِ أَتْلَفَ جُزْءًا من مَنَافِعِ بِضْعِهَا وَلَوْ أَتْلَفَهَا لَا يَضْمَنُ فههنا (((فهاهنا))) أَوْلَى وَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ أَيْضًا لو ادَّعَى الْوَلَدَ لِأَنَّ ثَبَاتَ النَّسَبِ مُعْتَمَدُ الْمِلْكِ أو الْحَقِّ الْخَاصِّ وَلَا مِلْكَ ههنا وَالْحَقُّ عَامٌّ

وَكَذَا لو أَسْلَمَ الْأَسِيرُ في دَارِ الْحَرْبِ لَا يَكُونُ حُرًّا وَيَدْخُلُ في الْقِسْمَةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَانِمِينَ بِهِ بِنَفْسِ الْأَخْذِ وَالِاسْتِيلَاءِ فَاعْتِرَاضُ الْإِسْلَامِ عليه لَا يُبْطِلُهُ بِخِلَافِ ما إذَا أَسْلَمَ قبل الْأَسْرِ أَنَّهُ يَكُونُ حُرًّا وَلَا يَدْخُلُ في الْقِسْمَةِ لِأَنَّ عِنْدَ الْأَخْذِ وَالْأَسْرِ لم يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ أَحَدٍ فَكَانَ الْإِسْلَامُ دَافِعًا الْحَقَّ لَا رَافِعًا إيَّاهُ على ما بَيَّنَّا

وَأَمَّا بَعْدَ الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ قبل الْقِسْمَةِ فَيَثْبُتُ الْمِلْكُ أو يَتَأَكَّدُ الْحَقُّ وَيَتَقَرَّرُ لِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ الثَّابِتَ انْعَقَدَ سَبَبًا لِثُبُوتِ الْمِلْكِ أو تَأَكُّدِ الْحَقِّ على أَنْ يَصِيرَ عِلَّةً عِنْدَ وُجُودِ شَرْطِهَا وهو الْإِحْرَازُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وقد وُجِدَ فَتَجُوزُ الْقِسْمَةُ وَيَجْرِي فيه الْإِرْثُ وَيَضْمَنُ الْمُتْلِفُ وَتَنْقَطِعُ شَرِكَةُ الْمَدَدِ وَنَحْوُ ذلك إلَّا أَنَّهُ لو أَعْتَقَ وَاحِدٌ من الْغَانِمِينَ عَبْدًا من الْمَغْنَمِ لَا يَنْفُذُ إعْتَاقُهُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ نَفَاذَ الْإِعْتَاقِ يَقِفُ على الْمِلْكِ الْخَاصِّ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذلك إلَّا بِالْقِسْمَةِ فَأَمَّا الْمَوْجُودُ قبل الْقِسْمَةِ فَمِلْكٌ عَامٌّ أو حَقٌّ مُتَأَكِّدٌ وَأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْإِعْتَاقَ لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ الْإِرْثَ وَالْقِسْمَةَ وَيَكْفِي لِإِيجَابِ الضَّمَانِ وَانْقِطَاعِ شَرِكَةِ الْمَدَدِ على ما بَيَّنَّا

وَكَذَلِكَ لو اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً من الْمَغْنَمِ وَادَّعَى الْوَلَدَ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ اسْتِحْسَانًا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ إثْبَاتَ النَّسَبِ وَأُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ يَقِفَانِ على مِلْكٍ خَاصٍّ وَذَلِكَ بِالْقِسْمَةِ أو حَقٍّ خَاصٍّ ولم يُوجَدْ وَيَلْزَمُهُ الْعُقْرُ لِأَنَّ الْمِلْكَ الْعَامَّ أو الْحَقَّ الْخَاصَّ يَكُونُ مَضْمُونًا بِالْإِتْلَافِ

وَأَمَّا بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَيَثْبُتُ الْمِلْكُ الْخَاصُّ لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم في نَصِيبِهِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إفْرَازُ الْأَنْصِبَاءِ وَتَعْيِينُهَا

وَلَوْ قَسَمَ الْإِمَامُ الْغَنَائِمَ فَوَقَعَ عَبْدٌ في سَهْمِ رَجُلٍ فَأَعْتَقَهُ لَا شَكَّ أَنَّهُ يَنْفُذُ إعْتَاقُهُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ صَادَفَ مِلْكًا خَاصًّا

فَأَمَّا إذَا وَقَعَ في سَهْمِ جَمَاعَةٍ منهم عَبْدٌ فَأَعْتَقَهُ أَحَدُهُمْ يَنْفُذُ إعْتَاقُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ قَلَّ الشُّرَكَاءُ أو كَثُرُوا

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ إنْ كَانُوا عَشَرَةً أو أَقَلَّ منها يَنْفُذُ إعْتَاقُهُ وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ من ذلك لَا يَنْفُذُ

فَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ نَظَرَ في خُصُوصِ الْمِلْكِ إلَى الْقِسْمَةِ وأبو يُوسُفَ إلَى الْعَدَدِ وَالصَّحِيحُ نَظَرُ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَمْيِيزٌ وَتَعْيِينٌ فَكَانَتْ قَاطِعَةً لِعُمُومِ الشَّرِكَةِ مُخَصِّصَةً لِلْمِلْكِ وَإِنْ كَثُرَ الْعَدَدُ

وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَلَوْ أَخَذَ الْمُسْلِمُونَ غَنِيمَةً ثُمَّ غَلَبَهُمْ الْعَدُوُّ فَاسْتَنْقَذُوهَا من أَيْدِيهِمْ ثُمَّ جاء عَسْكَرٌ آخَرُ فَأَخَذَهَا من الْعَدُوِّ فَأَخْرَجُوهَا إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ اخْتَصَمَ الْفَرِيقَانِ نُظِرَ في ذلك فَإِنْ كان الْأَوَّلُونَ لم يَقْتَسِمُوهَا ولم يُحْرِزُوهَا بِدَارِ الْإِسْلَامِ فَالْغَنِيمَةُ لِلْآخَرِينَ لِأَنَّ الْأَوَّلِينَ لم يَثْبُتْ لهم إلَّا مُجَرَّدُ حَقٍّ غَيْرِ مُتَقَرِّرٍ وقد ثَبَتَ لِلْآخَرِينَ مِلْكٌ عَامٌّ أو حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ يَجْرِي مَجْرَى الْمِلْكِ فَكَانُوا أَوْلَى بِالْغَنَائِمِ وَإِنْ كان الْأَوَّلُونَ قد اقْتَسَمُوهَا فَالْقِسْمَةُ لهم وَإِنْ كَانُوا لم يُحْرِزُوهَا بِدَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُمْ مَلَكُوهَا بِالْقِسْمَةِ مِلْكًا خَاصًّا فإذا غَلَبَهُمْ الْكُفَّارُ فَقَدْ اسْتَوْلَوْا على أَمْلَاكِهِمْ فَإِنْ وَجَدُوهَا في يَدِ الْآخَرِينَ قبل الْقِسْمَةِ أَخَذُوهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ وَإِنْ وَجَدُوهَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذُوهَا بِالْقِيمَةِ إنْ شَاءُوا كما في سَائِرِ أَمْوَالِهِمْ التي

اسْتَوْلَى عليها الْعَدُوُّ ثُمَّ وَجَدُوهَا فِي يَدِ الْغَانِمِينَ قبل الْقِسْمَةِ وَبَعْدَهَا
وَإِنْ كَانُوا لم يَقْتَسِمُوهَا وَلَكِنَّهُمْ أَحْرَزُوهَا بِدَارِ الْإِسْلَامِ فَإِنْ وَجَدُوهَا بَعْدَ قِسْمَةِ الْآخَرِينَ فَالْآخَرُونَ أَوْلَى لِأَنَّ الثَّابِتَ لهم مِلْكٌ خَاصٌّ بِالْقِسْمَةِ وَالثَّابِتِ لِلْأَوَّلِينَ مِلْكٌ عَامٌّ أو حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ عَامٌّ فَكَانَ اعْتِبَارُ الْمِلْكِ الْخَاصِّ أَوْلَى
وَأَمَّا إذَا وجدوها (((وجدها))) قبل قِسْمَةِ الْآخَرِينَ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّ الْأَوَّلِينَ أَوْلَى وَذَكَرَ في السِّيَرِ الْكَبِيرِ أَنَّ الْآخَرِينَ أَوْلَى
وَجْهُ رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ أَنَّ الثَّابِتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْفَرِيقَيْنِ وَإِنْ كان هو الْحَقَّ الْمُتَأَكَّدَ لَكِنَّ نَقْضَ الْحَقِّ بِالْحَقِّ جَائِزٌ لِأَنَّ الشَّيْءَ يَحْتَمِلُ الِانْتِقَاضَ بمثله كما في النَّسْخِ وَلِهَذَا جَازَ نَقْضُ الْمِلْكِ بِالْمِلْكِ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ حَقَّ الْآخَرِينَ ثَابِتٌ مُتَقَرِّرٌ وَحَقُّ الْأَوَّلِينَ زَائِلٌ ذَاهِبٌ فَاسْتِصْحَابُ الْحَالَةِ الثَّابِتَةِ أَوْلَى إذْ هو يَصْلُحُ لِلتَّرْجِيحِ
وَهَذَا هو الْقِيَاسُ في الْمِلْكِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُنْتَقَضَ الْحَادِثُ بِالْقَدِيمِ إلَّا أَنَّ النَّقْضَ هُنَاكَ ثَبَتَ نَصًّا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ على مَوْرِدِ النَّصِّ
هذا إذَا كان الْكُفَّارُ أَحْرَزُوا الْأَمْوَالَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَإِنْ كَانُوا لم يُحْرِزُوهَا حتى أَخَذَهَا الْفَرِيقُ الْآخَرُ من الْمُسْلِمِينَ منهم

في دَارِ الْإِسْلَامِ فَالْغَنَائِمُ لِلْأَوَّلِينَ سَوَاءٌ قَسَمَهَا الْآخَرُونَ أو لم يَقْسِمُوهَا لِأَنَّ الْكُفَّارَ لَا يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ بِالِاسْتِيلَاءِ إلَّا بَعْدَ الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْحَرْبِ ولم يُوجَدْ فَكَانَتْ الْغَنَائِمُ في حُكْمِ يَدِ الْأَوَّلِينَ ما دَامَتْ في دَارِ الْإِسْلَامِ فكأن الآخرين (((الآخرون))) أَخَذُوهُ من أَيْدِي الْأَوَّلِينَ فَيَلْزَمُهُمْ الرَّدُّ عليهم إلَّا إذَا كان الْإِمَامُ قَسَمَهَا بين الْآخَرِينَ وَرَأْيُهُ أَنَّ الْكَفَرَةَ قد مَلَكُوهَا بِنَفْسِ الْأَخْذِ وَالِاسْتِيلَاءِ وَإِنْ كَانُوا في دَارِ الْإِسْلَامِ كما هو مَذْهَبُ بَعْضِ الناس فَكَانَتْ قِسْمَةً في مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ فَتَنْفُذُ وَتَكُونُ لِلْآخَرِينَ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
هذا الذي ذَكَرْنَا من كَوْنِ الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ شَرْطًا لِثُبُوتِ الْمِلْكِ في الْغَنَائِمِ الْمُشْتَرَكَةِ
وَأَمَّا الْغَنَائِمُ الْخَالِصَةُ وَهِيَ الْأَنْفَالُ فَهَلْ هو شَرْطٌ فيها قال بَعْضُ الْمَشَايِخِ إنَّهُ شَرْطٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ حتى لَا يَثْبُتَ الْمِلْكُ بَيْنَهُمَا فيها قبل الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ليس بِشَرْطٍ فَيَثْبُتُ الْمِلْكُ فيها بِنَفْسِ الْأَخْذِ وَالْإِصَابَةِ اسْتِدْلَالًا بِمَسْأَلَةٍ ظَهَرَ فيها اخْتِلَافٌ
وَهِيَ أَنَّ الْإِمَامَ إذَا نَفَّلَ فقال من أَصَابَ جَارِيَةً فَهِيَ له فَأَصَابَ رَجُلٌ من الْمُسْلِمِينَ جَارِيَةً فَاسْتَبْرَأَهَا في دَارِ الْحَرْبِ بِحَيْضَةٍ لَا يَحِلُّ له وَطْؤُهَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحِلُّ
وقال بَعْضُهُمْ الْإِحْرَازُ بِالدَّارِ ليس بِشَرْطٍ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ في الْأَنْفَالِ بِالْإِجْمَاعِ وَاخْتِلَافُهُمَا في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ لَا يَدُلُّ على الِاخْتِلَافِ في ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِأَنَّهُ كما ظَهَرَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَهُمَا في النَّفْلِ فَقَدْ ظَهَرَ الِاخْتِلَافُ في الْغَنِيمَةِ الْمَقْسُومَةِ فإن الْإِمَامَ إذَا قَسَمَ الْغَنَائِمَ في دَارِ الْحَرْبِ فَأَصَابَ رَجُلٌ جَارِيَةً فَاسْتَبْرَأَهَا بِحَيْضَةٍ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ
وَكَذَا لو رَأَى الْإِمَامُ بَيْعَ الْغَنَائِمِ فَبَاعَ من رَجُلٍ جَارِيَةً فَاسْتَبْرَأَهَا الْمُشْتَرِي بِحَيْضَةٍ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ وَلَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا في الْغَنَائِمِ الْمَقْسُومَةِ أَنَّهُ لَا

يَثْبُتُ الْمِلْكُ فيها قبل الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ دَلَّ أَنَّ مَنْشَأَ الْخِلَافِ هُنَاكَ شَيْءٌ آخَرُ وَرَاءَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ وَعَدَمِهِ
وَالصَّحِيحُ أَنَّ ثُبُوتَ الْمِلْكِ في النَّفْلِ لَا يَقِفُ على الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ بين أَصْحَابِنَا بِخِلَافِ الْغَنَائِمِ الْمَقْسُومَةِ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ قد تَحَقَّقَ وهو الْأَخْذُ وَالِاسْتِيلَاءُ وَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْحُكْمِ عن سَبَبٍ إلَّا لِضَرُورَةٍ وفي الْغَنَائِمِ الْمَقْسُومَةِ ضَرُورَةٌ وَهِيَ خَوْفُ شَرِّ الْكَفَرَةِ لِأَنَّهُ لو ثَبَتَ الْمِلْكُ بِنَفْسِ الْأَخْذِ لَاشْتَغَلُوا بِالْقِسْمَةِ وَلَتَسَارَعَ كُلُّ أَحَدٍ إلَى إحْرَازِ نَصِيبِهِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَتَفَرَّقَ الْجَمْعُ وَفِيهِ خَوْفُ تَوَجُّهِ الشَّرِّ عليهم من الْكَفَرَةِ فَتَأَخَّرَ الْمِلْكُ فيها إلَى ما بَعْدَ الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لِهَذِهِ الضَّرُورَةِ وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ مُنْعَدِمَةٌ في الْأَنْفَالِ لِأَنَّهَا خَالِصَةٌ غَيْرُ مَقْسُومَةٍ فَلَا مَعْنَى لِتَأْخِيرِ الْحُكْمِ عن السَّبَبِ
وَالدَّلِيلُ على التَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَدَدَ إذَا لَحِقَ الْجَيْشَ لَا يُشَارِكُ الْمُنَفَّلُ له كما بَعْدَ الْإِحْرَازِ بِالدَّارِ بِخِلَافِ الْغَنِيمَةِ الْمَقْسُومَةِ
وَكَذَا لو مَاتَ الْمُنَفَّلُ له يُورَثُ نُصِيبُهُ كما لو مَاتَ بَعْدَ الْإِحْرَازِ بِالدَّارِ بِخِلَافِ الْغَنِيمَةِ الْمَقْسُومَةِ فَيَثْبُتُ بِهَذِهِ الدَّلَائِلِ أَنَّ الْمِلْكَ في النَّفْلِ لَا يَقِفُ على الْإِحْرَازِ بِالدَّارِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا إلَّا أَنَّ هذا النَّوْعَ من الْمِلْكِ لَا يَظْهَرُ في حَقِّ حِلِّ الْوَطْءِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا لَا يَدُلُّ على عَدَمِ الْمِلْكِ أَصْلًا أَلَا تَرَى أَنَّ حِلَّ الْوَطْءِ قد يَمْتَنِعُ مع قِيَامِ الْمِلْكِ لِعَوَارِضَ من الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ وَالْمَحْرَمِيَّة وَالصِّهْرِيَّة وَنَحْوِ ذلك ثُمَّ إنَّمَا لم يَثْبُتْ الْحِلُّ هُنَاكَ مع ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِأَنَّهُ مِلْكٌ مُتَزَلْزِلٌ غَيْرُ مُتَقَرِّرٍ لِاحْتِمَالِ الزَّوَالِ سَاعَةً فَسَاعَةً لِأَنَّ الدَّارَ دَارُهُمْ فَكَانَ احْتِمَالُ الِاسْتِرْدَادِ قَائِمًا وَمَتَى اسْتَرَدُّوا يَرْتَفِعْ السَّبَبُ من حيث
(((حين))) وُجُودِهِ وَيَلْتَحِقْ بِالْعَدَمِ إمَّا من كل وَجْهٍ أو من وَجْهٍ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْوَطْءَ لم يُصَادِفْ مَحَلَّهُ وهو الْمِلْكُ الْمُطْلَقُ وَلِهَذَا وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه إنَّهُ لَا يَحِلُّ وَطْؤُهَا بَعْدَ قِسْمَةِ الْإِمَامِ وَبَيْعِهِ إذَا رَأَى ذلك وَإِنْ وَقَعَتْ قِسْمَتُهُ جَائِزَةً وَبَيْعُهُ نَافِذًا مُفِيدًا لِلْمِلْكِ في هذه الصُّورَةِ كما ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَجُوزُ بِهِ الِانْتِفَاعُ من الْغَنَائِمِ وما لَا يَجُوزُ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ ما يُنْتَفَعُ بِهِ منها
وَالثَّانِي في بَيَانِ من يَنْتَفِعُ بِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا بَأْسَ بِالِانْتِفَاعِ بِالْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ وَالْعَلَفِ وَالْحَطَبِ منها قبل الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ فَقِيرًا كان الْمُنْتَفِعُ أو غَنِيًّا لِعُمُومِ الْحَاجَةِ إلَى الِانْتِفَاعِ بِذَلِكَ في حَقِّ الْكُلِّ فَإِنَّهُمْ لو كُلِّفُوا حَمْلَهَا من دَارِ الْإِسْلَامِ إلَى دَارِ الْحَرْبِ مُدَّةَ ذَهَابِهِمْ وَإِيَابِهِمْ وَمُقَامِهِمْ فيها لَوَقَعُوا في حَرَجٍ عَظِيمٍ بَلْ يَتَعَذَّرُ عليهم ذلك فَسَقَطَ اعْتِبَارُ حَقِّ كل وَاحِدٍ من الْغَانِمِينَ في حَقِّ صَاحِبِهِ وَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ شَرْعًا وَالْتَحَقَتْ هذه الْمَحَالُّ بِالْمُبَاحَاتِ الْأَصْلِيَّةِ لِهَذِهِ الضَّرُورَةِ
وَكَذَلِكَ كُلُّ ما كان مَأْكُولًا مِثْلَ السَّمْنِ وَالزَّيْتِ وَالْخَلِّ

لَا بَأْسَ أَنْ يَتَنَاوَلَ الرَّجُلُ وَيُدْهِنَ بِهِ نَفْسَهُ وَدَابَّتَهُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إلَى الِانْتِفَاعِ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ قبل الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَازِمَةٌ وما كان من الْأَدْهَانِ لَا يُؤْكَلُ مِثْلُ الْبَنَفْسَجِ وَالْخَيْرِيِّ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُنْتَفَعَ بِهِ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِهِ ليس من الْحَاجَاتِ

اللَّازِمَةِ بَلْ من الْحَاجَاتِ الزَّائِدَةِ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَبِيعُوا شيئا من الطَّعَامِ وَالْعَلَفِ وَغَيْرِ ذلك مِمَّا يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ بِهِ بِذَهَبٍ وَلَا فِضَّةٍ وَلَا عُرُوضٍ لِأَنَّ إطْلَاقَ الِانْتِفَاعِ وَإِسْقَاطَ اعْتِبَارِ الْحُقُوقِ وَإِلْحَاقَهَا بِالْعَدَمِ لِلضَّرُورَةِ التي ذَكَرْنَا وَلَا ضَرُورَةَ في الْبَيْعِ وَلِأَنَّ مَحَلَّ الْبَيْعِ هو الْمَالُ الْمَمْلُوكُ وَهَذَا ليس بِمَالٍ مَمْلُوكٍ لِأَنَّ الْإِحْرَازَ بِالدَّارِ شَرْطُ ثُبُوتِ الْمِلْكِ ولم يُوجَدْ فَإِنْ بَاعَ رَجُلٌ شيئا رَدَّ الثَّمَنَ إلَى الْغَنِيمَةِ لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلُ مَالٍ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَانِمِينَ فَكَانَ مَرْدُودًا إلَى الْمَغْنَمِ وَلَوْ أَحْرَزُوا شيئا من ذلك بِدَارِ الْإِسْلَامِ وهو في أَيْدِيهِمْ وَإِنْ كانت لم تُقْسَمْ الْغَنَائِمُ رَدُّوهَا إلَى الْمَغْنَمِ لِانْدِفَاعِ الضَّرُورَةِ

وَإِنْ كانت قد قُسِمَتْ الْغَنِيمَةُ فَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ تَصَدَّقُوا بِهِ على الْفُقَرَاءِ وَإِنْ كَانُوا فُقَرَاءَ انْتَفَعُوا بِهِ لِتَعَذُّرِ قِسْمَتِهِ على الْغُزَاةِ لِكَثْرَتِهِمْ وَقِلَّتِهِ فَأَشْبَهَ اللُّقَطَةَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ

هذا إذَا كانت قَائِمَةً بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ كان انْتَفَعَ بها بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ كان غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِقِيمَتِهِ على الْفُقَرَاءِ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالًا لو كان قَائِمًا لَكَانَ سَبِيلُهُ التَّصَدُّقَ لِكَوْنِهِ مَالًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْغَانِمِينَ وَتَعَذَّرَ صَرْفُهُ إلَيْهِمْ لِقِلَّتِهِ وَكَثْرَتِهِمْ فَيَقُومُ بَدَلُهُ مَقَامَهُ وهو قِيمَتُهُ وَإِنْ كان فَقِيرًا لم يَجِبْ عليه شَيْءٌ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالًا لو كان قَائِمًا لَكَانَ له أَنْ يَأْكُلَهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا ما سِوَى الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ وَالْعَلَفِ وَالْحَطَبِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَنْتَفِعُوا بِهِ لِأَنَّ حَقَّ الْغَانِمِينَ مُتَعَلِّقٌ بِهِ وفي الِانْتِفَاعِ إبْطَالُ حَقِّهِمْ إلَّا أَنَّهُ إذَا احْتَاجَ إلَى اسْتِعْمَالِ شَيْءٍ من السِّلَاحِ أو الدَّوَابِّ أو الثِّيَابِ فَلَا بَأْسَ بِاسْتِعْمَالِهِ بِأَنْ انْقَطَعَ سَيْفُهُ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَأْخُذَ سَيْفًا من الْغَنِيمَةِ فَيُقَاتِلَ بِهِ لَكِنَّهُ إذَا اسْتَغْنَى عنه رَدَّهُ إلَى الْمَغْنَمِ

وَكَذَا إذَا احْتَاجَ إلَى رُكُوبِ فَرَسٍ أو لُبْسِ ثَوْبٍ إذَا دَفَعَ حَاجَتَهُ بِذَلِكَ رَدَّهُ إلَى الْمَغْنَمِ لِأَنَّ هذا مَوْضِعُ الضَّرُورَةِ أَيْضًا لَكِنَّ الثَّابِتَ بِالضَّرُورَةِ لَا يَتَعَدَّى مَحَلَّ الضَّرُورَةِ حتى إنَّهُ لو أَرَادَ أَنْ يَسْتَعْمِلَ شيئا من ذلك وِقَايَةً لِسِلَاحِهِ وَدَوَابِّهِ وَثِيَابِهِ وَصِيَانَةً لها فَلَا يَنْبَغِي له ذلك لِانْعِدَامِ تَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ

وَهَكَذَا إذَا ذَبَحُوا الْبَقَرَ أو الْغَنَمَ وَأَكَلُوا اللَّحْمَ وَرَدُّوا الْجُلُودَ إلَى الْمَغْنَمِ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِهِ ليس من الْحَاجَاتِ اللَّازِمَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ من يَنْتَفِعُ بِالْغَنَائِمِ فَنَقُولُ إنَّهُ لَا يَنْتَفِعُ بها إلَّا الْغَانِمُونَ فَلَا يَجُوزُ لِلتُّجَّارِ أَنْ يَأْكُلُوا شيئا من الْغَنِيمَةِ إلَّا بِثَمَنٍ لِأَنَّ سُقُوطَ اعْتِبَارِ حَقِّ كل وَاحِدٍ من الْغَانِمِينَ في حَقِّ صَاحِبِهِ لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ وَلَا يَجُوزُ إسْقَاطُ اعْتِبَارِ الْحَقِيقَةِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَلَا ضَرُورَةَ في حَقِّ غَيْرِهِمْ

وَلِلْغَانِمِينَ أَنْ يَأْكُلُوا وَيُطْعِمُوا عَبِيدَهُمْ وَنِسَاءَهُمْ وَصِبْيَانَهُمْ لِأَنَّ إنْفَاقَ الرَّجُلِ على هَؤُلَاءِ إنْفَاقٌ على نَفْسِهِ لِأَنَّ نَفَقَتَهُمْ عليه

وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ من عليه نَفَقَتُهُ فَلَهُ أَنْ يُطْعِمَهُ وَمَنْ لَا فَلَا وَلَا يَجُوزُ لِأَجِيرِ الرَّجُلِ لِلْخِدْمَةِ أَنْ يَأْكُلَ منه لِأَنَّ نَفَقَتَهُ على نَفْسِهِ لَا عليه

وَلِلْمَرْأَةِ إذَا دَخَلَتْ دَارَ الْحَرْبِ لِمُدَاوَاةِ الْمَرْضَى وَالْجَرْحَى أَنْ تَأْكُلَ وَتَعْلِفَ دَابَّتَهَا وَتُطْعِمَ رَقِيقَهَا لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَسْتَحِقُّ الرَّضْخَ من الْغَنِيمَةِ فَكَانَتْ من الْغَانِمِينَ وَاَللَّه سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ كَيْفِيَّةِ قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ وَبَيَانُ مَصَارِفِهَا فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْغَنَائِمُ تُقْسَمُ على خَمْسَةِ أَسْهُمٍ منها وهو خُمْسُ الْغَنِيمَةِ لِأَرْبَابِهِ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِلْغَانِمِينَ

أَمَّا الْخُمْسُ فَالْكَلَامُ فيه في بَيَانِ كَيْفِيَّةِ قِسْمَةِ الْخُمْسِ

وفي بَيَانِ مَصْرِفِهِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّ خُمْسَ الْغَنِيمَةِ في حَالِ حَيَاةِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يُقْسَمُ على خَمْسَةِ أَسْهُمٍ سَهْمٌ لِلنَّبِيِّ عليه الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ وَسَهْمٌ لِذَوِي الْقُرْبَى وَسَهْمٌ لِلْيَتَامَى وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٌ لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ
قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ من شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ } وَإِضَافَةُ الْخُمْسِ إلَى اللَّهِ تَعَالَى يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِكَوْنِهِ مَصْرُوفًا إلَى وُجُوهِ الْقُرَبِ التي هِيَ لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَهِيَ قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى } الْآيَةَ على ما تُضَافُ الْمَسَاجِدُ وَالْكَعْبَةُ إلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لِكَوْنِهَا مَوَاضِعَ إقَامَةِ الْعِبَادَاتِ وَالْقُرَبِ التي هِيَ لِلَّهِ تَعَالَى
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ تَعْظِيمًا لِلْخُمْسِ على ما هو (((بينا))) الأصل (((والأصل))) في إضَافَةِ جُزْئِيَّةِ الْأَشْيَاءِ إلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أنها تَخْرُجُ مَخْرَجَ تَعْظِيمِ الْمُضَافِ كَقَوْلِهِ نَاقَةُ اللَّهِ وَبَيْتُ اللَّهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِخُلُوصِهِ لِلَّهِ تَعَالَى بِخُرُوجِهِ عن تَصَرُّفِ الْغَانِمِينَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى { الْمُلْكُ يَوْمَئِذٍ لِلَّهِ } وَالْمُلْكُ في كل الْأَيَّامِ كُلِّهَا لِلَّهِ تَعَالَى لَكِنْ خَصَّ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى ذلك الْيَوْمَ بِالْمُلْكِ له

فيه لِانْقِطَاعِ تَصَرُّفِ الْأَغْيَارِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
ثُمَّ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ في سَهْمِ رسول اللَّهِ وفي سَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى بَعْدَ وَفَاتِهِ أَمَّا سَهْمُ رسول اللَّهِ فَقَدْ قال عُلَمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ إنَّهُ سَقَطَ بَعْدَ وَفَاتِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنَّهُ لم يَسْقُطْ وَيُصْرَفُ إلَى الْخُلَفَاءِ لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنَّمَا كان يَأْخُذُهُ كِفَايَةً له لِاشْتِغَالِهِ بِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ وَالْخُلَفَاءُ بَعْدَهُ مَشْغُولُونَ بِذَلِكَ فَيُصْرَفُ سَهْمُهُ إلَيْهِمْ كِفَايَةً لهم
وَلَنَا أَنَّ ذلك الْخُمْسَ كان خُصُوصِيَّةً له عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَالصَّفِيِّ الذي كان له خَاصَّةً وَالْفَيْءُ وهو الْمَالِيَّةُ الذي لم يُوجِفْ عليه الْمُسْلِمُونَ بِخَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ ثُمَّ لم يَكُنْ لِأَحَدٍ خُصُوصٌ من الْفَيْءِ وَالصَّفِيِّ فَكَذَا يَجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ لِأَحَدٍ خُصُوصٌ من الْخُمْسِ وَلِهَذَا لم يَكُنْ لِلْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ بَعْدَهُ
يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ لو بَقِيَ بَعْدَهُ لَكَانَ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ وقد قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنَّا مَعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ لَا نُورَثُ ما تَرَكْنَا صَدَقَةٌ
وَأَمَّا سَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى فَقَدْ قال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنَّهُ بَاقٍ وَيُصْرَفُ إلَى أَوْلَادِ بَنِي هَاشِمٍ من أَوْلَادِ سَيِّدَتِنَا فَاطِمَةَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنها وَغَيْرِهَا يَسْتَوِي فيه فَقِيرُهُمْ وَغَنِيُّهُمْ
وَأَمَّا عِنْدَنَا فَعَلَى الْوَجْهِ الذي كان بَقِيَ وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه أَنَّهُ كَيْفَ كان وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ كان لِفُقَرَاءِ الْقَرَابَةِ دُونَ أَغْنِيَائِهِمْ يُعْطَوْنَ لِفَقْرِهِمْ وَحَاجَتِهِمْ لَا لِقَرَابَتِهِمْ وقد بَقِيَ كَذَلِكَ بَعْدَ وَفَاتِهِ فَيَجُوزُ أَنْ يعطي فُقَرَاءُ قَرَابَتِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كِفَايَتَهُمْ دُونَ أَغْنِيَائِهِمْ وَيُقَدَّمُونَ على غَيْرِهِمْ من الْفُقَرَاءِ وَيُجَاوَزُ لهم من الْخُمْسِ أَيْضًا لِمَا لَاحظ لهم من الصَّدَقَاتِ لَكِنْ يَجُوزُ أَنْ يعطي غَيْرُهُمْ من فُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ دُونَهُمْ فَيُقَسَّمُ الْخُمْسُ عِنْدَنَا على ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ سَهْمٌ لِلْيَتَامَى وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٌ لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ وَيَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي الْقُرْبَى فِيهِمْ وَيُقَدَّمُونَ وَلَا يُدْفَعُ إلَى أَغْنِيَائِهِمْ شَيْءٌ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ

لِذَوِي الْقُرْبَى سَهْمٌ علي حِدَةٍ يُصْرَفُ إلَى غَنِيِّهِمْ وَفَقِيرِهِمْ
احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ من شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى } الْآيَةَ فإن اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ سَهْمًا لِذَوِي الْقُرْبَى وَهُمْ الْقَرَابَةُ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْفَقِيرِ وَالْغَنِيِّ وَكَذَا رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَ الْخُمُسَ على خَمْسَةِ أَسْهُمٍ وَأَعْطَى سَهْمًا منها لِذَوِي الْقُرْبَى ولم يُعْرَفْ له نَاسِخٌ في حَالِ حَيَاتِهِ وَلَا نَسْخَ بَعْدَ وَفَاتِهِ
وَلَنَا ما رَوَاهُ محمد بن الْحَسَنِ في كِتَابِ السِّيَرِ أَنَّ سَيِّدَنَا أَبَا بَكْرٍ وَسَيِّدَنَا عُمَرَ وَسَيِّدَنَا عُثْمَانَ وَسَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ قَسَمُوا الْغَنَائِمَ على ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ سَهْمٌ لِلْيَتَامَى وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٌ لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ الْكِرَامِ ولم يُنْكِرْ عليهم أَحَدٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا منهم على ذلك وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنْ ليس الْمُرَادُ من ذَوِي الْقُرْبَى قَرَابَةَ الرَّسُولِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذْ لَا يُظَنُّ بِهِمْ مُخَالَفَةُ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَمُخَالَفَةُ رَسُولِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في فِعْلِهِ وَمَنْعُ الْحَقِّ عن الْمُسْتَحِقِّ وَكَذَا لَا يُظَنُّ بِمَنْ حَضَرَهُمْ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ السُّكُوتُ عَمَّا لَا يَحِلُّ مع ما وَصَفَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى بِالْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عن الْمُنْكَرِ
وَكَذَا ظَاهِرُ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ يَدُلُّ عليه لِأَنَّ اسْمَ ذَوِي الْقُرْبَى يَتَنَاوَلُ عُمُومَ الْقَرَابَاتِ أَلَا تَرَى إلَى قَوْله تَعَالَى { لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ } ولم يُفْهَمْ منه قَرَابَةُ الرَّسُولِ خَاصَّةً
وَكَذَا قَوْلُهُ { الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ } لم يَنْصَرِفْ إلَى قَرَابَةِ رسول اللَّهِ وما رُوِيَ أَنَّهُ قَسَمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْخُمْسَ على خَمْسَةِ أَسْهُمٍ فَأَعْطَى عليه السلام ذَا الْقُرْبَى سَهْمًا فَنَعَمْ لَكِنَّ الْكَلَامَ في أَنَّهُ أَعْطَاهُمْ خَاصَّةً وَكَذَا قَوْلُهُ { الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ } ولم يَنْصَرِفْ إلَى قَرَابَةِ الرَّسُولِ لِفَقْرِهِمْ وَحَاجَتِهِمْ أو لِقَرَابَتِهِمْ وقد عَلِمْنَا بِقِسْمَةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ أَنَّهُ أَعْطَاهُمْ لِحَاجَتِهِمْ وَفَقْرِهِمْ لَا لِقَرَابَتِهِمْ
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يُشَدِّدُ في أَمْرِ الْغَنَائِمِ فَتَنَاوَلَ من وَبَرِ بَعِيرٍ وقال ما يَحِلُّ لي من غَنَائِمِكُمْ وَلَا وَزْنُ هذه الْوَبَرَةِ إلَّا الْخُمْسُ وهو مَرْدُودٌ فِيكُمْ رُدُّوا الْخَيْطَ وَالْمِخْيَطَ فإن الْغُلُولَ عَارٌ وَنَارٌ وَشَنَارٌ على صَاحِبِهِ يوم الْقِيَامَةِ لم يَخُصَّ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْقَرَابَةَ بِشَيْءٍ من الْخُمْسِ بَلْ عَمَّ الْمُسْلِمِينَ جميعا بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْخُمْسُ مَرْدُودٌ فِيكُمْ فَدَلَّ أَنَّ سَبِيلَهُمْ سَبِيلُ سَائِرِ فُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ يعطي من يَحْتَاجُ منهم كِفَايَتَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ أعطى أَيُّ فَرِيقٍ اتَّفَقَ مِمَّنْ سَمَّاهُمْ اللَّهُ تَعَالَى جَازَ لِأَنَّ ذِكْرَ هَؤُلَاءِ الْأَصْنَافِ لِبَيَانِ الْمَصَارِفِ لَا لِإِيجَابِ الصَّرْفِ إلَى كل صِنْفٍ منهم شيئا بَلْ لِتَعْيِينِ الْمَصْرِفِ حتى لَا يَجُوزُ الصَّرْفُ إلَى غَيْرِ هَؤُلَاءِ

كما في الصَّدَقَاتِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْكَلَامُ في الْأَرْبَعَةِ الْأَخْمَاسِ فَفِي مَوْضِعَيْنِ في بَيَانِ من يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ منها وَمَنْ لَا يَسْتَحِقُّ وفي بَيَانِ مِقْدَارِ الِاسْتِحْقَاقِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَاَلَّذِي يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ منها هو الرَّجُلُ الْمُسْلِمُ الْمُقَاتِلُ وهو أَنْ

يَكُونَ مِن أَهْلِ الْقِتَالِ وَدَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ على قَصْدِ الْقِتَالِ وَسَوَاءٌ قَاتَلَ أو لم يُقَاتِلْ لِأَنَّ الْجِهَادَ وَالْقِتَالَ إرْهَابُ الْعَدُوِّ وَذَا كما يَحْصُلُ بِمُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ يَحْصُلُ بِثَبَاتِ الْقَدَمِ في صَفِّ الْقِتَالِ رَدًّا لِلْمُقَاتِلَةِ خَشْيَةَ كَرِّ الْعَدُوِّ عليهم
وَكَذَا رُوِيَ أَنَّ أَصْحَابَ بَدْرٍ كَانُوا أثلاثا (((ثلاثا))) ثُلُثٌ في نَحْرِ الْعَدُوِّ يقتلون (((ويقتلون))) وَيَأْسِرُونَ وَثُلُثٌ يَجْمَعُونَ الْغَنَائِمَ وَثُلُثٌ يَكُونُونَ ردءا (((ردا))) لهم خَشْيَةَ كَرِّ الْعَدُوِّ عليهم وَسَوَاءٌ كان مَرِيضًا أو صَحِيحًا شَابًّا أو شَيْخًا حُرًّا أو عَبْدًا مَأْذُونًا بِالْقِتَالِ لِأَنَّهُمْ من أَهْلِ الْقِتَالِ فَأَمَّا الْمَرْأَةُ وَالصَّبِيُّ الْعَاقِلُ وَالذِّمِّيُّ وَالْعَبْدُ الْمَحْجُورُ فَلَيْسَ لهم سَهْمٌ كَامِلٌ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِن أَهْلِ الْقِتَالِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِتَالُ على الصَّبِيِّ وَالذِّمِّيِّ أَصْلًا وَلَا يَجِبُ على الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ إلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ وَهِيَ ضَرُورَةُ عُمُومِ النَّفِيرِ وَلِذَلِكَ لم يَسْتَحِقُّوا كَمَالَ السَّهْمِ وَلَكِنْ يُرْضَخُ لهم على حَسَبِ ما يَرَى الْإِمَامُ
وَكَذَا رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان لَا يُعْطِي الْعَبِيدَ وَالصِّبْيَانَ وَالنِّسْوَانَ سَهْمًا كَامِلًا من الْغَنَائِمِ
وَكَذَا لَا سَهْمَ لِلتَّاجِرِ لِأَنَّهُ لم يَدْخُلْ الدَّارَ على قَصْدِ الْقِتَالِ إلَّا إذَا قَاتَلَ مع الْعَسْكَرِ فإنه يَسْتَحِقُّ ما يَسْتَحِقُّهُ الْعَسْكَرُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ دخل الدَّارَ على قَصْدِ الْقِتَالِ فَكَانَ مُقَاتِلًا وَلَا سَهْمَ لِلْأَجِيرِ لِانْعِدَامِ الدُّخُولِ على قَصْدِ الْقِتَالِ فَإِنْ قَاتَلَ نُظِرَ في ذلك إنْ تَرَكَ الْخِدْمَةَ فَقَدْ دخل في جُمْلَةِ الْعَسْكَرِ وَإِنْ لم يَتْرُكْ فَلَا شَيْءَ له أَصْلًا لِأَنَّهُ إذَا لم يَتْرُكْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَدْخُلْ على قَصْدِ الْقِتَالِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ مِقْدَارِ الِاسْتِحْقَاقِ وَبَيَانُ حَالِ الْمُسْتَحِقِّ وهو الْمُقَاتِلُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْمُقَاتِلُ إمَّا أَنْ يَكُونَ رَاجِلًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فَارِسًا فَإِنْ كان رَاجِلًا فَلَهُ سَهْمٌ وَاحِدٌ وَإِنْ كان فَارِسًا فَلَهُ سَهْمَانِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ له ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ سَهْمٌ له وَسَهْمَانِ لِفَرَسِهِ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَرِوَايَاتُ الْأَخْبَارِ تَعَارَضَتْ في الْبَابِ رُوِيَ في بَعْضِهَا أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَ لِلْفَارِسِ سَهْمَيْنِ وفي بَعْضِهَا أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَ له ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ
إلَّا أَنَّ رِوَايَةَ السَّهْمَيْنِ عَاضَدَهَا الْقِيَاسُ وهو أَنَّ الرَّجُلَ أَصْلٌ في الْجِهَادِ وَالْفَرَسُ تَابِعٌ له لِأَنَّهُ آلَةٌ أَلَا تَرَى أَنَّ فِعْلَ الْجِهَادِ يَقُومُ بِالرَّجُلِ وَحْدَهُ وَلَا يَقُومُ بِالْفَرَسِ وَحْدَهُ فَكَانَ الْفَرَسُ تَابِعًا في بَابِ الْجِهَادِ وَلَا يَجُوزُ تَنْفِيلُ التَّبَعِ على الْأَصْلِ في السَّهْمِ وَأَخْبَارُ الْآحَادِ إذَا تَعَارَضَتْ فَالْعَمَلُ بِمَا عَاضَدَهُ الْقِيَاسُ أَوْلَى
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَيَسْتَوِي فيه الْعَتِيقُ من الْخَيْلِ وَالْفَرَسِ وَالْبِرْذَوْنِ لِأَنَّهُ لَا فَضْلَ في النُّصُوصِ بين فَارِسٍ وَفَارِسٍ وَلِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ سَهْمِ الْفَرَسِ لِحُصُولِ إرْهَابِ الْعَدُوِّ بِهِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَصَفَ جِنْسَ الْخَيْلِ بِذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ } فَلَا يَفْصِلُ بين نَوْعٍ وَنَوْعٍ وَلَا يُسْهَمُ لِأَكْثَرَ من فَرَسٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُسْهَمُ لِفَرَسَيْنِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْغَازِيَ تَقَعُ الْحَاجَةُ له إلَى فَرَسَيْنِ يَرْكَبُ أَحَدَهُمَا وَيُجَنِّبُ الْآخَرَ حتى إذَا أعيى (((أعيا))) الْمَرْكُوبُ عن الْكَرِّ وَالْفَرِّ تَحَوَّلَ إلَى الْجَنِيبَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ الْإِسْهَامَ لِلْخَيْلِ في الْأَصْلِ ثَبَتَ على مُخَالَفَةِ الْقِيَاسِ لِأَنَّ الْخَيْلَ

آلَةُ الْجِهَادِ ثُمَّ لَا يُسْهَمُ لِسَائِرِ آلَاتِ الْجِهَادِ فَكَذَا الْخَيْلُ إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِهِ كَفَرَسٍ وَاحِدٍ فَالزِّيَادَةُ على ذلك تُرَدُّ إلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ على أَنَّ وُرُودَ الشَّرْعِ إنْ كان مَعْلُولًا بِكَوْنِهِ آلَةً مُرْهِبَةً لِلْعَدُوِّ بِخِلَافِ سَائِرِ الْآلَاتِ فَالْمُعْتَبَرُ هو أَصْلُ الْإِرْهَابِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُسْهَمُ لِمَا زَادَ على فَرَسَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ مع أَنَّ مَعْنَى الْإِرْهَابِ يَزْدَادُ بِزِيَادَةِ الْفَرَسِ

ثُمَّ اُخْتُلِفَ في حَالِ الْمُقَاتِلِ من كَوْنِهِ فَارِسًا أو رَاجِلًا في أَيِّ وَقْتٍ يُعْتَبَرُ وَقْتُ دُخُولِهِ دَارَ الْحَرْبِ أَمْ وَقْتُ شُهُودِ الْوَقْعَةِ فَعِنْدَنَا يُعْتَبَرُ وَقْتُ دُخُولِ دَارِ الْحَرْبِ إذَا دَخَلَهَا على قَصْدِ الْقِتَالِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُعْتَبَرُ وَقْتُ شُهُودِ الْوَقْعَةِ

حتى إنَّ الْغَازِيَ إذَا دخل دَارَ الْحَرْبِ فَارِسًا فَمَاتَ فَرَسُهُ أو نَفَرَ أو أَخَذَهُ الْعَدُوُّ فَلَهُ سَهْمُ الْفُرْسَانِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ له سَهْمُ الرَّجَّالَةِ

وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ وَلِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْغَنِيمَةِ بِالْجِهَادِ ولم يُوجَدْ وَقْتَ دُخُولِ دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ الْجِهَادَ بِالْمُقَاتَلَةِ وَدُخُولِ دَارِ الْحَرْبِ من بَابِ قَطْعِ الْمَسَافَةِ لَا من بَابِ الْمُقَاتَلَةِ

وَلَنَا أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى جَعَلَ الْغَنَائِمَ لِلْمُجَاهِدِينَ

قال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا } وقال تَعَالَى عز شَأْنُهُ { وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ من شَيْءٍ } وقال جَلَّتْ عَظَمَتُهُ

وَكِبْرِيَاؤُهُ { وَعَدَكُمْ اللَّهُ مَغَانِمَ كَثِيرَةً تَأْخُذُونَهَا } وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَإِذْ يَعِدُكُمْ اللَّهُ إحْدَى الطَّائِفَتَيْنِ أنها لَكُمْ } وَغَيْرُ ذلك من النُّصُوصِ وَالَّذِي جَاوَزَ الدَّرْبَ فَارِسًا على قَصْدِ الْقِتَالِ مُجَاهِدٌ لِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمُجَاوَزَةَ على هذا الْوَجْهِ إرْهَابُ الْعَدُوِّ وَأَنَّهُ جِهَادٌ وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ إرْهَابُ الْعَدُوِّ وَأَنَّهُ جِهَادٌ قَوْلُهُ عز وجل { وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ } وَلِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ لَا تَخْلُو عن عُيُونِ الْكُفَّارِ وَطَلَائِعِهِمْ فإذا دَخَلَهَا جَيْشٌ كَثِيفٌ رِجَالًا وَرُكْبَانًا فَالْجَوَاسِيسُ يُخْبِرُونَهُمْ بِذَلِكَ فَيَقَعُ الرُّعْبُ في قُلُوبِهِمْ حتى يَتْرُكُوا الْقُرَى وَالرَّسَاتِيقَ هرابا (((هربا))) إلَى الْقِلَاعِ وَالْحُصُونِ الْمَنِيعَةِ فَكَانَ مُجَاوَزَةُ الدَّرْبِ على قَصْدِ الْقِتَالِ إرْهَابَ الْعَدُوِّ وَأَنَّهُ جِهَادٌ

وَالثَّانِي أَنَّ فيه غَيْظَ الْكَفَرَةِ وَكَبْتَهُمْ لِأَنَّ وَطْءَ أَرْضِهِمْ وَعُقْرَ دَارِهِمْ مِمَّا يَغِيظُهُمْ

قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلَا يطؤون (((يطئون))) مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ } وَفِيهِ قَهْرُهُمْ وما الْجِهَادُ إلَّا قَهْرُ أَعْدَاءِ اللَّهِ تَعَالَى لِإِعْزَازِ دِينِهِ وَإِعْلَاءِ كَلِمَتِهِ فَدَلَّ أَنَّ مُجَاوَزَةَ الدَّرْبِ فَارِسًا على قَصْدِ الْقِتَالِ جِهَادٌ وَمَنْ جَاهَدَ فَارِسًا فَلَهُ سَهْمُ الْفُرْسَانِ وَمَنْ جَاهَدَ رَاجِلًا فَلَهُ سَهْمُ الرَّجَّالَةِ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ

وَأَمَّا أَثَرُ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ قال ذلك في وَقْعَةٍ خَاصَّةٍ بِأَنْ وَقَعَ الْقِتَالُ في دَارِ الْإِسْلَامِ أو في أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً وَقَهْرًا ثُمَّ لَحِقَ الْمَدَدُ أو يُحْمَلُ على هذا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ صِيَانَةً لها عن التَّنَاقُضِ وَنَحْنُ بِهِ نَقُولُ إنَّ الْمَدَدَ لَا يُشَارِكُونَهُمْ في الْغَنِيمَةِ في تِلْكَ الْوَقْعَةِ إلَّا إذَا شَهِدُوهَا

وَلَا كَلَامَ فيه
وَعَلَى هذا إذَا دخل رَاجِلًا ثُمَّ اشْتَرَى فَرَسًا أو اسْتَأْجَرَ أو اسْتَعَارَ أو وُهِبَ له فَلَهُ سَهْمُ الرِّجَالِ عِنْدَنَا لِاعْتِبَارِ وَقْتِ الدُّخُولِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ له سَهْمُ الْفُرْسَانِ لِاعْتِبَارِ وَقْتِ الشُّهُودِ
وقال الْحَسَنُ رَحِمَهُ اللَّهُ في هذه الصُّورَةِ إذَا قَاتَلَ فَارِسًا فَلَهُ سَهْمُ فَارِسٍ
وَعَلَى هذا إذَا دخل فَارِسًا ثُمَّ بَاعَ فَرَسَهُ أو آجَرَهُ أو وَهَبَهُ أو أَعَارَهُ فَقَاتَلَ وهو رَاجِلٌ فَلَهُ سَهْمُ رَاجِلٍ
ذَكَرَهُ في السِّيَرِ الْكَبِيرِ
وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ له سَهْمَ فَارِسٍ وَسَوَّى على هذه الرِّوَايَةِ بين الْبَيْعِ وَالْمَوْتِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ قبل شُهُودِ الْوَقْعَةِ وَبَعْدَهَا
وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الْمُجَاوَزَةَ فَارِسًا على قَصْدِ الْقِتَالِ دَلِيلُ الْجِهَادِ فَارِسًا وَلَمَّا بَاعَ فَرَسَهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَقْصِدْ بِهِ الْجِهَادَ فَارِسًا بَلْ قَصَدَ بِهِ التِّجَارَةَ وَكَذَا هذا في الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ وَالرَّهْنِ بِخِلَافِ ما بَعْدَ شُهُودِ الْوَقْعَةِ لِأَنَّ الْبَيْعَ بَعْدَهُ لَا يَدُلُّ على قَصْدِ التِّجَارَةِ لِأَنَّ الْغَازِيَ لَا يَبِيعُ فَرَسَهُ ذلك الْوَقْتَ لِقَصْدِ التِّجَارَةِ عَادَةً بَلْ لِقَصْدِ ثَبَاتِ الْقَدَمِ وَالتَّشَمُّرِ لِلْقِتَالِ بِعَامَّةِ ما في وُسْعِهِ وَإِمْكَانِهِ
وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الِاسْتِيلَاءِ من الْكَفَرَةِ على أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ أَصْلِ الْحُكْمِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّ الْكُفَّارَ إذَا دَخَلُوا دَارَ الْإِسْلَامِ وَاسْتَوْلَوْا على أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ ولم يُحْرِزُوهَا بِدَارِهِمْ أنهم لَا يَمْلِكُونَهَا حتى لو ظَهَرَ عليهم الْمُسْلِمُونَ وَأَخَذُوا ما في أَيْدِيهِمْ لَا يَصِيرُ مِلْكًا لهم وَعَلَيْهِمْ رَدُّهَا إلَى أَرْبَابِهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ
وَكَذَا لو قَسَمُوهَا في دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ ظَهَرَ عليهم الْمُسْلِمُونَ فَأَخَذُوهَا من أَيْدِيهِمْ أَخَذَهَا أَصْحَابُهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّ قِسْمَتَهُمْ لم تَجُزْ لِعَدَمِ الْمِلْكِ فَكَانَ وُجُودُهَا وَالْعَدَمُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ بِخِلَافِ قِسْمَةِ الْإِمَامِ الْغَنَائِمَ في دَارِ الْحَرْبِ أنها جَائِزَةٌ وَإِنْ لم يَثْبُتْ الْمِلْكُ فيها في دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْإِمَامِ إنَّمَا تَجُوزُ عِنْدَنَا إذَا اجْتَهَدَ وَأَفْضَى رَأْيُهُ إلَى الْمِلْكِ حتى لو قَسَمَ مُجَازَفَةً لَا تَجُوزُ على أَنَّ الْقِسْمَةَ هُنَاكَ قَضَاءٌ صَدَرَ من إمَامٍ جَائِزِ الْقَضَاءِ ولم يُوجَدْ ههنا وَلَا خِلَافَ في أَنَّهُمْ أَيْضًا إذَا اسْتَوْلَوْا على رِقَابِ الْمُسْلِمِينَ وَمُدَبَّرِيهِمْ وَأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِمْ وَمُكَاتَبِيهِمْ أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَهُمْ وَإِنْ أَحْرَزُوهُمْ بِالدَّارِ
وَاخْتُلِفَ فِيمَا إذَا دَخَلُوا دَارَ الْإِسْلَامِ فَاسْتَوْلَوْا على أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ وَأَحْرَزُوهَا بِدَارِ الْحَرْبِ
قال عُلَمَاؤُنَا يَمْلِكُونَهَا حتى لو كان الْمُسْتَوْلَى عليه عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ الْحَرْبِيُّ أو بَاعَهُ أو كَاتَبَهُ أو دَبَّرَهُ أو كانت أَمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا جَازَ ذلك خَاصَّةً
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَمْلِكُونَهَا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُمْ اسْتَوْلَوْا على مَالٍ مَعْصُومٍ وَالِاسْتِيلَاءُ على مَالٍ مَعْصُومٍ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ كَاسْتِيلَاءِ الْمُسْلِمِ على مَالِ الْمُسْلِمِينَ وَاسْتِيلَائِهِمْ على الرِّقَابِ
وَإِنَّمَا قُلْنَا ذلك لِأَنَّ عِصْمَةَ مَالِ الْمُسْلِمِ ثَابِتَةٌ في حَقِّهِمْ لِأَنَّهُمْ يُخَاطَبُونَ بِالْحُرُمَاتِ إذَا بَلَغَتْهُمْ الدَّعْوَةُ وَإِنْ اخْتَلَفَا في الْعِبَادَاتِ وَالِاسْتِيلَاءُ يَكُونُ مَحْظُورًا وَالْمَحْظُورُ

لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ
وَلَنَا أَنَّهُمْ اسْتَوْلَوْا على مَالٍ مُبَاحٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ وَمَنْ اسْتَوْلَى على مَالٍ مُبَاحٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ يَمْلِكُهُ كَمَنْ اسْتَوْلَى على الْحَطَبِ وَالْحَشِيشِ وَالصَّيْدِ وَدَلَالَةُ أَنَّ هذا الِاسْتِيلَاءَ على مَالٍ مُبَاحٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ إن مِلْكَ الْمَالِكِ يَزُولُ بَعْدَ الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْحَرْبِ فَتَزُولُ الْعِصْمَةُ ضَرُورَةً بِزَوَالِ الْمِلْكِ وَالدَّلِيلُ على زَوَالِ الْمِلْكِ أَنَّ الْمِلْكَ هو الِاخْتِصَاصُ بِالْمَحَلِّ في حَقِّ التَّصَرُّفِ أو شُرِعَ لِلتَّمَكُّنِ من التَّصَرُّفِ في الْمَحَلِّ وقد زَالَ ذلك بِالْإِحْرَازِ بِالدَّارِ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَا يُمْكِنُهُ الِانْتِفَاعُ بِهِ إلَّا بَعْدَ الدُّخُولِ وَلَا يُمْكِنُهُ الدُّخُولُ بِنَفْسِهِ لِمَا فيه من مُخَاطَرَةِ الرُّوحِ وَإِلْقَاءِ النَّفْسِ في التَّهْلُكَةِ وَغَيْرُهُ قد لَا يُوَافِقُهُ
وَلَوْ وَافَقَهُ فَقَدْ لَا يَظْفَرُ بِهِ وَلَوْ ظَفَرَ بِهِ قَلَّمَا يُمْكِنُهُمْ الِاسْتِرْدَادُ لِأَنَّ الدَّارَ دَارُهُمْ وَأَهْلُ الدَّارِ يَذُبُّونَ عن دَارِهِمْ فإذا زَالَ مَعْنَى الْمِلْكِ أو ما شُرِعَ له الْمِلْكُ يَزُولُ الْمِلْكُ ضَرُورَةً
وَكَذَلِكَ لو اسْتَوْلَوْا على عَبِيدِنَا فَهُوَ على هذا الِاخْتِلَافِ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ قَابِلٌ لِلتَّمْلِيكِ بِالِاسْتِيلَاءِ وَلِهَذَا يَحْتَمِلُ التَّمَلُّكَ بِسَائِرِ أَسْبَابِ الْمِلْكِ بِخِلَافِ الْأَحْرَارِ وَالْمُدَبَّرَيْنِ وَالْمُكَاتَبِينَ وَأُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَهَذَا إذَا دَخَلُوا دَارَ الْإِسْلَامِ فَاسْتَوْلَوْا على عَبِيدِ الْمُسْلِمِينَ وَأَحْرَزُوهُمْ بِدَارِ الْحَرْبِ
فَأَمَّا إذَا أَبَقَ عَبْدٌ أو أَمَةٌ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَأَخَذَهُ الْكُفَّارُ لَا يَمْلِكُونَهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَمْلِكُونَهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُمْ اسْتَوْلَوْا على مَالٍ مُبَاحٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ فَيَمْلِكُونَهُ قِيَاسًا على الدَّابَّةِ التي نَدَّتْ من دَارِ الْإِسْلَامِ إلَى دَارِ الْحَرْبِ فَأَخَذَهَا الْكُفَّارُ وَسَائِرَ أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ التي اسْتَوْلَوْا عليها
وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُمْ اسْتَوْلَوْا على مَالٍ مُبَاحٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ أَنَّهُ كما دخل دَارَ الْحَرْبِ فَقَدْ زَالَ مِلْكُ الْمَالِكِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَزَوَالُ الْمِلْكِ لَا يُوجِبُ زَوَالَ الْمَالِيَّةِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُوجِبُ زَوَالَ الرِّقِّ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ لم يُصَادِفْ مَحَلَّهُ فَلَا يُفِيدُ الْمِلْكَ قِيَاسًا على الِاسْتِيلَاءِ على الْأَحْرَارِ وَالْمُدَبَّرَيْنِ وَالْمُكَاتَبِينَ وَأُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَدَلَالَةُ أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ لم يُصَادِفْ مَحَلَّهُ أَنَّ مَحَلَّ الِاسْتِيلَاءِ هو الْمَالُ ولم يُوجَدْ لِأَنَّ الْمَالِيَّةَ في هذا الْمَحَلِّ إنَّمَا تَثْبُتْ ضَرُورَةَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْغَانِمِينَ لِأَنَّ الْأَصْلَ فيه هو الْحُرِّيَّةُ وَكَمَا دخل دَارَ الْحَرْبِ فَقَدْ زَالَ الْمِلْكُ كما ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ فَتَزُولُ الْمَالِيَّةُ الثَّابِتَةُ ضَرُورَةَ ثُبُوتِهِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَزُولَ الرِّقُّ أَيْضًا إلَّا أَنَّهُ بَقِيَ شَرْعًا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيُقْتَصَرُ على مَوْرِدِ النَّصِّ بِخِلَافِ الدَّابَّةِ لِأَنَّ الْمَالِيَّةَ فيها لَا تَثْبُتُ ضَرُورَةَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِأَنَّهَا مَالٌ وَالْأَمْوَالُ كُلُّهَا مَحَلٌّ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ وَبِخِلَافِ الْآبِقِ الْمُتَرَدِّدِ في دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ حَقِيقَةً صَادَفَهُ وهو مَالٌ مَمْلُوكٌ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ الْمِلْكُ لِلْحَالِ لِوُجُودِ سَبَبِهِ إلَّا أَنَّهُ تَأَخَّرَ إلَى وَقْتِ الْإِحْرَازِ بِالدَّارِ لِمَانِعٍ وهو مِلْكُ الْمَالِكِ فإذا أَحْرَزُوهُ بِدَارِهِمْ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ لِزَوَالِ الْمِلْكِ فَيَعْمَلُ الِاسْتِيلَاءُ السَّابِقُ وَعَمَلُهُ في إثْبَاتِ الْمِلْكِ وَالْمِلْكُ لَا يَثْبُتُ إلَّا في الْمَالِ فَبَقِيَتْ الْمَالِيَّةُ ضَرُورَةَ الْمَرْءِ هنا لِاسْتِيلَاءِ حَالَ كَوْنِهِ مَالًا أَصْلًا وبعدما وُجِدَ الِاسْتِيلَاءُ لَا مَالِيَّةَ لِزَوَالِ الْمِلْكِ فلم يُصَادِفْ الِاسْتِيلَاءُ مَحَلَّهُ فَلَا يُفِيدُ الْمِلْكَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ كَيْفِيَّةِ الْحُكْمِ فَنَقُولُ مِلْكُ الْمُسْلِمِ يَزُولُ عن مَالِهِ بِاسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ عليه وَيَثْبُتُ لهم عِنْدَنَا على وَجْهٍ له حَقُّ الْإِعَادَةِ إمَّا بِعِوَضٍ أو بِغَيْرِ عِوَضٍ حتى لو ظَهَرَ عليهم الْمُسْلِمُونَ فَأَخَذُوهَا وَأَحْرَزُوهَا بِدَارِ الْإِسْلَامِ فَإِنْ وَجَدَهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ قبل الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ سَوَاءٌ كان من ذَوَاتِ الْقِيَمِ أو من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَإِنْ وَجَدَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ كان من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ لَا يَأْخُذُهُ لِأَنَّهُ لو أَخَذَهُ لَأَخَذَهُ بمثله فَلَا يُفِيدُ وَإِنْ لم يَكُنْ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ يَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ إنْ شَاءَ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالْقِيمَةِ مُرَاعَاةُ الْجَانِبَيْنِ جَانِبِ الْمِلْكِ الْقَدِيمِ بِإِيصَالِهِ إلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ الْخَاصِّ الْمَأْخُوذِ منه بِغَيْرِ عِوَضٍ وَجَانِبِ الْغَانِمِينَ بِصِيَانَةِ مِلْكِهِمْ الْخَاصِّ عن الزَّوَالِ من غَيْرِ عِوَضٍ فَكَانَ الْأَخْذُ بِالْقِيمَةِ نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ وَمُرَاعَاةَ الْحَقَّيْنِ بِخِلَافِ ما إذَا وَجَدَهُ قبل الْقِسْمَةِ أنه يَأْخُذُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْغَانِمِينَ قبل الْقِسْمَةِ بَعْدَ الْإِحْرَازِ ليس إلَّا الْحَقُّ الْمُتَأَكِّدُ أو الْمِلْكُ الْعَامُّ فَكَانَتْ الْإِعَادَةُ إلَى قَدِيمِ الْمِلْكِ رِعَايَةً لِلْمِلْكِ الْخَاصِّ أَوْلَى

وقد رُوِيَ أَنَّ بَعِيرًا لِرَجُلٍ من الْمُسْلِمِينَ اسْتَوْلَى عليه أَهْلُ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عليهم الْمُسْلِمُونَ فَوَجَدَهُ صَاحِبُهُ في الْمَغْنَمِ فَسَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ عنه فقال إنْ وَجَدْتَهُ قبل الْقِسْمَةِ فَهُوَ لك بِغَيْرِ شَيْءٍ وَإِنْ وَجَدْتَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لك بِالْقِيمَةِ وَكَذَلِكَ لو كان الْحَرْبِيُّ بَاعَ الْمَأْخُوذَ من الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ ظَهَرَ عليه الْمُسْلِمُونَ فإن الْمَالِكَ الْقَدِيمَ يَأْخُذُهُ قبل الْقِسْمَةِ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَبَعْدَ الْقِسْمَةِ بِالْقِيمَةِ لِأَنَّهُ بَاعَهُ مُسْتَحَقُّ الْإِعَادَةِ إلَى قَدِيمِ

الْمِلْكِ فَبَقِيَ كَذَلِكَ

وَلَوْ كان الْمُسْتَوْلَى عليه مُدَبَّرًا أو مُكَاتَبًا أو أُمَّ وَلَدٍ ثُمَّ ظَهَرَ عليه الْمُسْلِمُونَ فَأَخْرَجُوهُ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ أَخَذَهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِغَيْرِ شَيْءٍ قبل الْقِسْمَةِ وَبَعْدَهَا لِأَنَّهُ حُرٌّ من وَجْهٍ وَالْحُرُّ من وَجْهٍ أو من كل وَجْهٍ لَا يَحْتَمِلُ التَّمَلُّكَ بِالِاسْتِيلَاءِ وَلِهَذَا لَا يَحْتَمِلُهُ بِسَائِرِ أَسْبَابِ الْمِلْكِ فإذا حَصَلُوا في أَيْدِي الْغَانِمِينَ وَجَبَ رَدُّهُمْ إلَى الْمَالِكِ الْقَدِيمِ

وَلَوْ وَهَبَ الْحَرْبِيُّ ما مَلَكَهُ بِالِاسْتِيلَاءِ لِرَجُلٍ من الْمُسْلِمِينَ أَخَذَهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِالْقِيمَةِ إنْ شَاءَ لِأَنَّ فيه نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ على ما بَيَّنَّا

وَكَذَلِكَ لو بَاعَهُ من مُسْلِمٍ بِعِوَضٍ فَاسِدٍ بِأَنْ بَاعَ من مُسْلِمٍ عَبْدَ الْمُسْلِمِ بِخَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ أَخَذَهُ صَاحِبُهُ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لم تَصِحَّ فَكَانَ هذا بَيْعًا فَاسِدًا وَالْبَيْعُ الْفَاسِدُ مَضْمُونٌ بِقِيمَةِ الْمَبِيعِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِقِيمَتِهِ وَلَوْ لم يَكُنْ الْعِوَضُ فَاسِدًا أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الذي اشْتَرَاهُ بِهِ إنْ شَاءَ إنْ كان اشْتَرَاهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ لِأَنَّ الْأَخْذَ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ مُفِيدٌ

وَكَذَلِكَ لو كان اشْتَرَاهُ بِجِنْسِهِ لَكِنْ بِأَقَلَّ منه فإنه يَأْخُذُهُ بِمِثْلِ ما اشْتَرَاهُ وَلَا يَكُونُ هذا رِبًا لِأَنَّ الرِّبَا فَضْلُ مَالٍ قُصِدَ اسْتِحْقَاقُهُ بِالْبَيْعِ من غَيْرِ عِوَضٍ يُقَابِلُهُ وَالْمَالِكُ الْقَدِيمُ لَا يَأْخُذُهُ بِطَرِيقِ الْبَيْعِ بَلْ بِطَرِيقِ الْإِعَادَةِ إلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا وَإِنْ كان اشْتَرَاهُ بِجِنْسِهِ بمثله قَدْرًا لَا يَأْخُذُهُ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ

وَلَوْ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ من الْعَدُوِّ ثُمَّ بَاعَهُ من رَجُلٍ آخَرَ ثُمَّ حَضَرَ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ أَخَذَهُ من الثَّانِي بِالثَّمَنِ الثَّانِي وَلَيْسَ له أَنْ يَنْقُضَ الْبَيْعَ الثَّانِيَ وَيَأْخُذَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ من الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ في النَّوَادِرِ أَنَّ الْمَالِكَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ وَأَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الثَّانِي
وَجْهُ رِوَايَةِ النَّوَادِرِ أَنَّ أَخْذَ الْمَالِكِ الْقَدِيمِ تَمَلُّكٌ بِبَدَلٍ فَأَشْبَهَ حَقَّ الشُّفْعَةِ ثُمَّ حَقُّ الشَّفِيعِ مُقَدَّمٌ على حَقِّ الْمُشْتَرِي فَكَذَا حَقُّهُ وَالْجَامِعُ أَنَّ حَقَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَابِقٌ على حَقِّ الْمُشْتَرِي وَالسَّبْقُ من أَسْبَابِ التَّرْجِيحِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ في الْمَحَلِّ بِوَجْهٍ بَلْ هو زَائِلٌ من كل وَجْهٍ وَإِنَّمَا الثَّابِتُ له حَقُّ الْإِعَادَةِ وأنه ليس بمعني في الْمَحَلِّ فَلَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ فَلَا يَمْلِكُ نَقْضَهُ بِخِلَافِ حَقِّ الشُّفْعَةِ فإن الشَّفِيعَ يَتَمَلَّكُ نَقْضَ الْمَشْفُوعِ فَيَقْتَضِي الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِتَمْلِيكِ الْبَائِعِ منه على ما عُرِفَ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ إذَا عَلِمَ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِشِرَاءِ الْمَأْسُورِ وَتَرَكَ الطَّلَبَ زَمَانًا لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ لِأَنَّ هذا الْأَخْذَ ليس في مَعْنَى الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ لِيُشْتَرَطَ له الطَّلَبُ على سَبِيلِ الْمُوَاثَبَةِ
وَعَلَى قِيَاسِ ما رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَبْطُلُ كما يَبْطُلُ حَقُّ الشُّفْعَةِ بِتَرْكِ الطَّلَبِ على الْمُوَاثَبَةِ وَكَذَلِكَ هذا الْحَقُّ يُورَثُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ حتى لو مَاتَ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ كان لِوَرَثَتِهِ أَنْ يَأْخُذُوهُ وَعَلَى قِيَاسِ ما رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُورَثُ كما لَا يُورَثُ حَقُّ الشُّفْعَةِ
وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ هذا الْأَخْذَ ليس ابْتِدَاءَ تَمَلُّكٍ بَلْ هو إعَادَةٌ إلَى قَدِيمِ الْمِلْكِ بِخِلَافِ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَحَقُّ الْإِعَادَةِ إلَى قَدِيمِ الْمِلْكِ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْإِرْثَ كَحَقِّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَلَيْسَ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ أَنْ يَأْخُذُوا ذلك دُونَ الْبَعْضِ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ لِلْكُلِّ فَلَا يَنْفَرِدُ بِهِ الْبَعْضُ
وَلَوْ اشْتَرَى الْمَأْسُورَ رَجُلٌ فَأَدْخَلَهُ دَارَ الْإِسْلَامِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْعَدُوُّ ثَانِيًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ آخَرُ فَأَدْخَلَهُ دَارَ الْإِسْلَامِ فَالْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ أَحَقُّ من الْمَالِكِ الْقَدِيمِ وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ أَنْ يَأْخُذَهُ من الْمُشْتَرِي الثَّانِي لِأَنَّهُ لَمَّا أُسِرَ من يَدِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ نَزَلَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ مَنْزِلَةَ الْمَالِكِ الْقَدِيمِ فَكَانَ حَقُّ الْأَخْذِ له لَكِنْ إذَا أَخَذَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ فَلِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالثَّمَنَيْنِ إنْ شَاءَ أو يَدَعَ لِأَنَّهُ لَمَّا أَخَذَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ بِالثَّمَنِ فَقَدْ قام عليه بِالثَّمَنَيْنِ فَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بهذا الْقَدْرِ من الْمَالِ ولم يُوجَدْ الْأَسْرُ أَصْلًا
وَلَوْ أَعْتَقَ الْحَرْبِيُّ الْعَبْدَ الْمَأْسُورَ في دَارِ الْحَرْبِ أو دَبَّرَهُ أو كَاتَبَهُ أو كانت أَمَةٌ فَاسْتَوْلَدَهَا ثُمَّ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ عليها فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ وَعَتَقَتْ هِيَ وَأَوْلَادُهَا وَكَذَا الْمُدَبَّرُ وَالْمُكَاتَبُ
أَمَّا إذَا أَعْتَقَهُ فَلِأَنَّ يَدَهُ زَالَتْ عنه وهو مُسْلِمٌ فَحَصَلَ في يَدِ نَفْسِهِ فَعَتَقَ عليه كَالْعَبْدِ الْحَرْبِيِّ إذَا خَرَجَ إلَيْنَا مُسْلِمًا وَالِاسْتِيلَادُ فَرْعُ النَّسَبِ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ في دَارِ الْحَرْبِ وَقَهْرُ الْحَرْبِيِّ كَمَوْتِهِ وَإِنْ مَاتَ عَتَقَتْ أُمُّ وَلَدِهِ كما إذَا غَلَبَ عليه وَعِتْقُ الْمُدَبَّرِ لِهَذَا الْمَعْنَى وَالْمُكَاتَبُ صَارَ في يَدِ نَفْسِهِ لِزَوَالِ يَدِ الْمَوْلَى عنه وهو مُسْلِمٌ فَيَعْتِقُ وَلِأَنَّهُ إذَا قُهِرَ الْمَوْلَى سَقَطَ عنه بَدَلُ الْكِتَابَةِ فَعَتَقَ لِزَوَالِ رِقِّهِ وَلَوْ كان الْمَأْسُورُ حُرًّا فَاشْتَرَاهُ مُسْلِمٌ وَأَخْرَجَهُ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا شَيْءَ لِلْمُشْتَرِي على الْحُرِّ لِأَنَّهُ ما اشْتَرَاهُ حَقِيقَةً إذْ الْحُرُّ لَا يَحْتَمِلُ التَّمَلُّكَ لَكِنَّهُ بَذَلَ مَالًا لِاسْتِخْلَاصِ الْأَسِيرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَكَانَ مُتَطَوِّعًا فيه فَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عليه وَإِنْ أَمَرَهُ الحربي (((الحر))) بِذَلِكَ فَفَعَلَهُ بِأَمْرِهِ رَجَعَ

عليه لِأَنَّهُ لَمَّا أَمَرَهُ بِذَلِكَ فَكَأَنَّهُ اسْتَقْرَضَ منه هذا الْقَدْرَ من الْمَالِ فَأَقْرَضَهُ إيَّاهُ ثُمَّ أَمَرَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ إلَى فُلَانٍ فَفَعَلَ فَيَرْجِعُ عليه بِحُكْمِ الِاسْتِقْرَاضِ
وَلَوْ أَسْلَمَ أَهْلُ الْحَرْبِ وَمَتَاعُ الْمُسْلِمِينَ الذي أَحْرَزُوهُ في أَيْدِيهِمْ فَهُوَ لهم وَلَا حَقَّ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ فيه لِأَنَّهُ مَالٌ أَسْلَمُوا عليه وَمَنْ أَسْلَمَ على مَالٍ فَهُوَ له على لِسَانِ رسول اللَّهِ
هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ اسْتِيلَاءِ الْكَافِرِ فَأَمَّا حُكْمُ الشِّرَاءِ فَنَقُولُ الْحَرْبِيُّ إذَا خَرَجَ إلَيْنَا فَاشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا ثَبَتَ الْمِلْكُ له فيه عِنْدَنَا لَكِنَّهُ يُجْبَرُ على الْبَيْعِ
وَكَذَلِكَ لو خَرَجَ إلَيْنَا بِعَبْدِهِ فَأَسْلَمَ في يَدِهِ يُجْبَرُ على الْبَيْعِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْبُيُوعِ فَإِنْ لم يَبِعْهُ حتى دخل دَارَ الْحَرْبِ بِهِ عَتَقَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَعِنْدَهُمَا لَا يَعْتِقُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ لِإِحْرَازِ الْكَافِرِ مَالَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ أَثَرًا في زَوَالِ الْعِصْمَةِ لَا في زَوَالِ الْمِلْكِ فإن مَالَ الْكَافِرِ مَمْلُوكٌ لَكِنَّهُ غَيْرُ مَعْصُومٍ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الثَّابِتَ لِلْحَرْبِيِّ بِالشِّرَاءِ مِلْكٌ مَجْبُورٌ على إزَالَتِهِ فَلَوْ لم يَعْتِقْ بِإِدخاله دَارَ الْحَرْبِ لم يَبْقَ الْمِلْكُ الثَّابِتُ له شَرْعًا بِهَذِهِ الصِّفَةِ لِتَعَذُّرِ الْجَبْرِ بِالْإِحْرَازِ بِوَجْهٍ فَيُؤَدِّي إلَى تَغْيِيرِ الْمَشْرُوعِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ ثُمَّ طَرِيقُ الزَّوَالِ هو الْإِحْرَازُ بِالدَّارِ وَإِنْ كان هو في الْأَصْلِ شَرْطَ زَوَالِ الْمِلْكِ وَالْعِصْمَةِ في اسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ لِتَعَذُّرِ تَحْصِيلِ الْعِلَّةِ فَأُقِيمَ الشَّرْطُ مَقَامَهُ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ من إقَامَةِ الشَّرْطِ مَقَامَ الْعِلَّةِ عِنْدَ تَعَذُّرِ تَعْلِيقِ الْحُكْمِ بِالْعِلَّةِ
وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا ذِمِّيًّا فَهُوَ على هذا الِاخْتِلَافِ أَيْضًا لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ مَجْبُورٌ على بَيْعِ الذِّمِّيِّ أَيْضًا وَلَا يُتْرَكُ لِيَدْخُلَ دَارَ الْحَرْبِ
وَلَوْ أَسْلَمَ عَبْدٌ لِحَرْبِيٍّ في دَارِ الْحَرْبِ لَا يَعْتِقُ وهو عَبْدٌ على حَالِهِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمِلْكَ وَإِنْ كان وَاجِبَ الْإِزَالَةِ لَكِنْ لَا طَرِيقَ لِلزَّوَالِ ههنا فَبَقِيَ على حَالِهِ
وَلَوْ خَرَجَ هذا الْعَبْدُ إلَيْنَا فَإِنْ خَرَجَ مُرَاغِمًا لِمَوْلَاهُ وَلَحِقَ بِعَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ عَتَقَ لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ دَارُ قَهْرٍ وَغَلَبَةٍ وقد قَهَرَ مَوْلَاهُ بِخُرُوجِهِ مُرَاغِمًا إيَّاهُ فَصَارَ مُسْتَوْلِيًا على نَفْسِهِ مُسْتَغْنِمًا إياه (((إياها))) فَيَزُولُ مِلْكُ الْمَالِكِ عنه وقد رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال في آباق الطَّائِفِ هَؤُلَاءِ عُتَقَاءُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَلَوْ خَرَجَ غير مُرَاغَمٍ فَإِنْ خَرَجَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى لِلتِّجَارَةِ فَهُوَ عَبْدٌ لِمَوْلَاهُ لَكِنْ يَبِيعُهُ الْإِمَامُ وَيَقِفُ ثَمَنَهُ لِمَوْلَاهُ أَمَّا كَوْنُهُ عَبْدًا لِمَوْلَاهُ فَلِأَنَّهُ لم يَخْرُجْ قَاهِرًا مُسْتَوْلِيًا وَلِأَنَّهُ مِلْكٌ مُسْتَحَقُّ الزَّوَالِ بِالْإِسْلَامِ
وَأَمَّا وَقْفُ ثَمَنِهِ لِمَوْلَاهُ فَلِأَنَّهُ بَاعَهُ على مِلْكِهِ
وَكَذَا لو لم يَخْرُجْ مُرَاغِمًا وَلَكِنْ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ على الدَّارِ يُعْتَقُ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَمَّا أَسْلَمَ فَقَدْ بَقِيَ عليه مِلْكٌ مُسْتَحَقُّ الزَّوَالِ مُحْتَاجٌ إلَى طَرِيقِ الزَّوَالِ وقد وُجِدَ وهوإحراز نَفْسِهِ بمنعة الْمُسْلِمِينَ وأنه أَسْبَقُ من إحْرَازِ الْمُسْلِمِينَ إيَّاهُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لِيَمْلِكُوهُ فَكَانَ أَوْلَى وَلَوْ لم يَخْرُجْ ولم يَظْهَرْ على الدَّارِ وَلَكِنْ بَاعَهُ الْحَرْبِيُّ من مُسْلِمٍ أو حَرْبِيٍّ عَتَقَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ قَبِلَ الْمُشْتَرِي الْبَيْعَ أو لم يَقْبَلْ وَعِنْدَهُمَا لَا يُعْتَقُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ كما زَالَ مِلْكُ الْبَائِعِ عنه فَقَدْ ثَبَتَ مِلْكُ الْمُشْتَرِي فيه فَلَا يُعْتَقُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه ما ذَكَرْنَا أَنَّ هذا مِلْكٌ مُسْتَحَقُّ الزَّوَالِ مَوْقُوفٌ زَوَالُهُ على سَبَبِ الزَّوَالِ أو شَرْطِ الزَّوَالِ على ما بَيَّنَّا فإذا عَرَضَهُ على الْبَيْعِ وَالْبَيْعُ سَبَبٌ لِزَوَالِ الْمِلْكِ فَقَدْ رضي بِزَوَالِهِ إلَى غَيْرِهِ فَكَانَ بِزَوَالِهِ إلَيْهِ أَرْضَى لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الزَّوَالَ وَغَيْرُهُ ما اسْتَحَقَّهُ وَالرِّضَا بِالزَّوَالِ شَرْطُ الزَّوَالِ

وَلَوْ أَسْلَمَ حَرْبِيٌّ في دَارِ الْحَرْبِ وَلَهُ رَقِيقٌ فيها فَخَرَجَ هو إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ تَبِعَهُ عَبْدُهُ بَعْدَ ذلك كَافِرًا كان أو مُسْلِمًا فَهُوَ عَبْدٌ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّ خُرُوجَهُ إلَى مَوْلَاهُ كَخُرُوجِهِ مع مَوْلَاهُ وَلَوْ كان خَرَجَ مع مَوْلَاهُ لَكَانَ عَبْدًا لِمَوْلَاهُ كَذَا هذا

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ الْأَحْكَامِ التي تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ فَنَقُولُ لَا بُدَّ أَوَّلًا من مَعْرِفَةِ مَعْنَى الدَّارَيْنِ دَارِ الْإِسْلَامِ وَدَارِ الْكُفْرِ لِتُعْرَفَ الْأَحْكَامُ التي تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِمَا وَمَعْرِفَةُ ذلك مَبْنِيَّةٌ على مَعْرِفَةِ ما بِهِ تَصِيرُ الدَّارُ دَارَ إسْلَامٍ أو دَارَ كُفْرٍ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا في أَنَّ دَارَ الْكُفْرِ تَصِيرُ دَارَ إسْلَامٍ بِظُهُورِ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ فيها

وَاخْتَلَفُوا في دَارِ الْإِسْلَامِ أنها بِمَاذَا تَصِيرُ دَارَ الْكُفْرِ قال أبو حَنِيفَةَ إنَّهَا لَا تَصِيرُ دَارَ الْكُفْرِ إلَّا بِثَلَاثِ شَرَائِطَ أَحَدُهَا ظُهُورُ أَحْكَامِ الْكُفْرِ فيها

وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ مُتَاخِمَةً لِدَارِ الْكُفْرِ

وَالثَّالِثُ أَنْ لَا يَبْقَى فيها مُسْلِمٌ وَلَا ذِمِّيٌّ آمِنًا بِالْأَمَانِ الْأَوَّلِ وهو أَمَانُ الْمُسْلِمِينَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إنَّهَا تَصِيرُ دَارَ الْكُفْرِ بِظُهُورِ أَحْكَامِ الْكُفْرِ فيها

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ قَوْلَنَا دَارُ الْإِسْلَامِ وَدَارُ الْكُفْرِ إضَافَةُ دَارٍ إلَى الْإِسْلَامِ وَإِلَى الْكُفْرِ وَإِنَّمَا تُضَافُ الدَّارُ إلَى الْإِسْلَامِ أو إلَى الْكُفْرِ

لِظُهُورِ الْإِسْلَامِ أو الْكُفْرِ فيها كما تُسَمَّى الْجَنَّةُ دَارَ السَّلَامِ وَالنَّارُ دَارَ الْبَوَارِ لِوُجُودِ السَّلَامَةِ في الْجَنَّةِ وَالْبَوَارِ في النَّارِ وَظُهُورُ الْإِسْلَامِ وَالْكُفْرِ بِظُهُورِ أَحْكَامِهِمَا فإذا ظَهَرَ أَحْكَامُ الْكُفْرِ في دَارٍ فَقَدْ صَارَتْ دَارَ كُفْرٍ فَصَحَّتْ الْإِضَافَةُ وَلِهَذَا صَارَتْ الدَّارُ دَارَ الْإِسْلَامِ بِظُهُورِ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ فيها من غَيْرِ شَرِيطَةٍ أُخْرَى فَكَذَا تَصِيرُ دَارَ الْكُفْرِ بِظُهُورِ أَحْكَامِ الْكُفْرِ فيها وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ من إضَافَةِ الدَّارِ إلَى الْإِسْلَامِ وَالْكُفْرِ لَيس هو عَيْنَ الْإِسْلَامِ وَالْكُفْرِ وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ هو الْأَمْنُ وَالْخَوْفُ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْأَمَانَ إنْ كان لِلْمُسْلِمِينَ فيها على الْإِطْلَاقِ وَالْخَوْفُ لِلْكَفَرَةِ على الْإِطْلَاقِ فَهِيَ دَارُ الْإِسْلَامِ وَإِنْ كان الْأَمَانُ فيها لِلْكَفَرَةِ على الْإِطْلَاقِ وَالْخَوْفُ لِلْمُسْلِمِينَ على الْإِطْلَاقِ فَهِيَ دَارُ الْكُفْرِ وَالْأَحْكَامُ مَبْنِيَّةٌ على الْأَمَانِ وَالْخَوْفِ لَا على الْإِسْلَامِ وَالْكُفْرِ فَكَانَ اعْتِبَارُ الْأَمَانِ وَالْخَوْفِ أَوْلَى فما لم تَقَعْ الْحَاجَةُ لِلْمُسْلِمِينَ إلَى الِاسْتِئْمَانِ بَقِيَ إلا من الثَّابِتُ فيها على الْإِطْلَاقِ فَلَا تَصِيرُ دَارَ الْكُفْرِ

وَكَذَا إلا من الثَّابِتُ على الْإِطْلَاقِ لَا يَزُولُ إلَّا بِالْمُتَاخَمَةِ لِدَارِ الْحَرْبِ فَتَوَقَّفَ صَيْرُورَتُهَا دَارَ الْحَرْبِ على وُجُودِهِمَا مع ما إن إضَافَةَ الدَّارِ إلَى الْإِسْلَامِ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ لِمَا قُلْتُمْ وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ لِمَا قُلْنَا وهو ثُبُوتُ الْأَمْنِ فيها على الْإِطْلَاقِ لِلْمُسْلِمِينَ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْكَفَرَةِ بِعَارِضِ الذِّمَّةِ وَالِاسْتِئْمَانِ فَإِنْ كانت الْإِضَافَةُ لِمَا قُلْتُمْ تَصِيرُ دَارَ الْكُفْرِ بِمَا قُلْتُمْ وَإِنْ كانت الْإِضَافَةُ لِمَا قُلْنَا لَا تَصِيرُ دَارَ الْكُفْرِ إلَّا بِمَا قُلْنَا فَلَا تَصِيرُ ما بِهِ دَارُ الْإِسْلَامِ بِيَقِينٍ دَارَ الْكُفْرِ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ إن الثَّابِتَ بِيَقِينٍ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ

وَالِاحْتِمَالِ بِخِلَافِ دَارِ الْكُفْرِ حَيْثُ تَصِيرُ دَارَ الْإِسْلَامِ لِظُهُورِ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ فيها لِأَنَّ هُنَاكَ التَّرْجِيحَ لِجَانِبِ الْإِسْلَامِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى فَزَالَ الشَّكُّ على أَنَّ الْإِضَافَةَ إنْ كانت بِاعْتِبَارِ ظُهُورِ الْأَحْكَامِ لَكِنْ لَا تَظْهَرُ أَحْكَامُ الْكُفْرِ إلَّا عِنْدَ وُجُودِ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ أَعْنِي الْمُتَاخَمَةَ وَزَوَالَ الْأَمَانِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهَا لَا تَظْهَرُ إلَّا بِالْمَنَعَةِ وَلَا مَنَعَةَ إلَّا بِهِمَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَقِيَاسُ هذا الِاخْتِلَافِ في أَرْضٍ لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ ظَهَرَ عليها الْمُشْرِكُونَ وَأَظْهَرُوا فيها أَحْكَامَ الْكُفْرِ أو كان أَهْلُهَا أَهْلَ ذِمَّةٍ فَنَقَضُوا الذِّمَّةَ وَأَظْهَرُوا أَحْكَامَ الشِّرْكِ هل تَصِيرُ دَارَ الْحَرْبِ فَهُوَ على ما ذَكَرْنَا من الِاخْتِلَافِ فإذا صَارَتْ دَارَ الْحَرْبِ فَحُكْمُهَا إذَا ظَهَرْنَا عليها وَحُكْمُ سَائِرِ دُورِ الْحَرْبِ سَوَاءٌ وقد ذَكَرْنَاهُ وَلَوْ فَتَحَهَا الْإِمَامُ ثُمَّ جاء أَرْبَابُهَا فَإِنْ كان قبل الْقِسْمَةِ أَخَذُوا بِغَيْرِ شَيْءٍ وَإِنْ كان بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذُوا بِالْقِيمَةِ إنْ شَاءُوا لِمَا ذَكَرْنَا من قَبْلُ وَعَادَ الْمَأْخُوذُ على حُكْمِهِ الْأَوَّلِ الْخَرَاجِيُّ عَادَ خَرَاجِيًّا وَالْعُشْرِيُّ عَادَ عُشْرِيًّا لِأَنَّ هذا ليس اسْتِحْدَاثَ الْمِلْكِ بَلْ هو عَوْدُ قَدِيمِ الْمِلْكِ إلَيْهِ فَيَعُودُ بِوَظِيفَتِهِ إلَّا إذَا كان الْإِمَامُ وَضَعَ عليها الْخَرَاجَ قبل ذلك فَلَا يَعُودُ عَشْرِيًّا لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْإِمَامِ صَدَرَ عن وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ فَلَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الْأَحْكَامُ التي تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنَّ الْمُسْلِمَ إذَا زَنَا في دَارِ الْحَرْبِ أو سَرَقَ أو شَرِبَ الْخَمْرَ أو قَذَفَ مُسْلِمًا لَا يُؤْخَذُ بِشَيْءٍ من ذلك لِأَنَّ الْإِمَامَ لَا يَقْدِرُ على إقَامَةِ الْحُدُودِ في دَارِ الْحَرْبِ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ وَلَوْ فَعَلَ شيئا من ذلك ثُمَّ رَجَعَ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يُقَامُ عليه الْحَدُّ أَيْضًا لِأَنَّ الْفِعْلَ لم يَقَعْ مُوجِبًا أَصْلًا وَلَوْ فَعَلَ في دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ هَرَبَ إلَى دَارِ الْحَرْبِ يُؤْخَذُ بِهِ لِأَنَّ الْفِعْلَ وَقَعَ مُوجِبًا لِلْإِقَامَةِ فَلَا يَسْقُطُ بِالْهَرَبِ إلَى دَارِ الْحَرْبِ وَكَذَلِكَ إذَا قَتَلَ مُسْلِمًا لَا يُؤْخَذُ بِالْقِصَاصِ وَإِنْ كان عَمْدًا لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ إلَّا بِالْمَنَعَةِ إذْ الْوَاحِدُ يُقَاوِمُ الْوَاحِدَ وَالْمَنَعَةُ مُنْعَدِمَةٌ وَلِأَنَّ كَوْنَهُ في دَارِ الْحَرْبِ أَوْرَثَ شُبْهَةً في الْوُجُوبِ وَالْقِصَاصُ لَا يَجِبُ مع الشُّبْهَةِ وَيَضْمَنُ الدِّيَةَ خَطَأً كان أو عَمْدًا وَتَكُونُ في مَالِهِ لَا على الْعَاقِلَةِ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ على الْقَاتِلِ ابْتِدَاءً أو لِأَنَّ الْقَتْلَ وُجِدَ منه وَلِهَذَا وَجَبَ الْقِصَاصُ وَالْكَفَّارَةُ على الْقَاتِلِ لَا على غَيْرِهِ

فَكَذَا الدِّيَةُ تَجِبُ عليه ابْتِدَاءً وهو الصَّحِيحُ

ثُمَّ الْعَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُ عنه بِطَرِيقِ التَّعَاوُنِ لِمَا يَصِلُ إلَيْهِ بِحَيَاتِهِ من الْمَنَافِعِ من النُّصْرَةِ وَالْعِزِّ وَالشَّرَفِ بِكَثْرَةِ الْعَشَائِرِ وَالْبِرِّ وَالْإِحْسَانِ لهم وَنَحْوِ ذلك وَهَذِهِ الْمَعَانِي لَا تَحْصُلُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ فَلَا تَتَحَمَّلُ عنه الْعَاقِلَةُ

وَكَذَلِكَ لو كان أَمِيرًا على سَرِيَّةٍ أو أَمِيرَ جَيْشٍ وَزَنَا رَجُلٌ منهم أو سَرَقَ أو شَرِبَ الْخَمْرَ أو قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَأً أو عَمْدًا لم يَأْخُذْهُ الْأَمِيرُ بِشَيْءٍ من ذلك لِأَنَّ الْإِمَامَ ما فُوِّضَ إلَيْهِ إقَامَةُ

الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِعِلْمِهِ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على إقَامَتِهَا في دَارِ الْحَرْبِ إلَّا أَنَّهُ يَضْمَنُهُ السَّرِقَةَ إنْ كان اسْتَهْلَكَهَا وَيُضَمِّنُهُ الدِّيَةَ في بَابِ الْقَتْلِ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ على

اسْتِيفَاءِ ضَمَانِ الْمَالِ
وَلَوْ غَزَا الْخَلِيفَةُ أو أَمِيرُ الشَّامَ فَفَعَلَ رَجُلٌ من الْعَسْكَرِ شيئا من ذلك أَقَامَ عليه الْحَدَّ وَاقْتَصَّ منه في الْعَمْدِ وَضَمَّنَهُ الدِّيَةَ في مَالِهِ في الْخَطَأِ لِأَنَّ إقَامَةَ الْحُدُودِ إلَى الْإِمَامِ وَتَمَكُّنُهُ الْإِقَامَةَ بما له من الْقُوَّةِ وَالشَّوْكَةِ بِاجْتِمَاعِ الْجُيُوشِ وَانْقِيَادِهَا له فَكَانَ لِعَسْكَرِهِ حُكْمُ دَارِ الْإِسْلَامِ
وَلَوْ شَذَّ رَجُلٌ من الْعَسْكَرِ فَفَعَلَ شيئا من ذلك درىء (((درئ))) عنه الْحَدُّ وَالْقِصَاصُ لِاقْتِصَارِ وِلَايَةِ الْإِمَامِ على الْمُعَسْكَرِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الْحَرْبِيُّ إذَا أَسْلَمَ في دَارِ الْحَرْبِ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أو خَطَأً لِأَنَّهُ لَا قِصَاصَ عليه عِنْدَنَا على ما ذَكَرْنَا
وَهَذَا مَبْنِيٌّ على أَنَّ التَّقَوُّمَ عِنْدَنَا يَثْبُتُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ بِالْعِزَّةِ وَلَا عِزَّةَ إلَّا بِمَنَعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ التَّقَوُّمُ يَثْبُتُ بِالْإِسْلَامِ وَعَلَى هذا إذَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ في دَارِ الْحَرْبِ ولم يَعْرِفْ أَنَّ عليه صَلَاةً وَلَا صِيَامًا ثُمَّ خَرَجَ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَيْسَ عليه قَضَاءُ ما مَضَى
وقال أبو يُوسُفَ استحسن أَنْ يَجِبَ عليه الْقَضَاءُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الصَّلَاةَ قد وَجَبَتْ عليه لِوُجُودِ سَبَبِ الْوُجُوبِ وهو الْوَقْتُ وَشَرْطُهُ وهو الْإِسْلَامُ وَالصَّلَاةُ الْوَاجِبَةُ إذَا فَاتَتْ عن وَقْتِهَا تُقْضَى كَالذِّمِّيِّ إذَا أَسْلَمَ في دَارِ الْإِسْلَامِ ولم يَعْرِفْ أَنَّ عليه ذلك حتى مَضَى عليه أَوْقَاتُ صَلَوَاتٍ ثُمَّ عَلِمَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ وُجُوبَ الشَّرَائِعِ يَعْتَمِدُ الْبُلُوغَ وهو الْعِلْمُ بِالْوُجُوبِ لِأَنَّ وُجُوبَهَا لَا يُعْرَفُ إلَّا بِالشَّرْعِ بِالْإِجْمَاعِ إنْ اخْتَلَفَا في وُجُوبِ الْإِيمَانِ إلَّا أَنَّ حَقِيقَةَ الْعِلْمِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ بَلْ إمْكَانُ الْوُصُولِ إلَيْهِ كَافٍ وقد وُجِدَ ذلك في دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهَا دَارُ الْعِلْمِ بِالشَّرَائِعِ ولم يُوجَدْ في دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّهَا دَارُ الْجَهْلِ بها بِخِلَافِ وُجُوبِ الْإِيمَانِ وَشُكْرِ النِّعَمِ وَحُرْمَةِ الْكُفْرِ وَالْكُفْرَانِ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ هذه الْأَحْكَامَ لَا يَقِفُ وُجُوبُهَا على الشَّرْعِ بَلْ تَجِبُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْلِ عِنْدَنَا فإن أَبَا يُوسُفَ رَوَى عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هذه الْعِبَارَةَ فقال كان أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه يقول لَا عُذْرَ لِأَحَدٍ من الْخَلْقِ في جَهْلِهِ مَعْرِفَةَ خَالِقِهِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ على جَمِيعِ الْخَلْقِ مَعْرِفَةُ الرَّبِّ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَتَوْحِيدُهُ لِمَا يَرَى من خَلْقِ السموات (((السماوات))) وَالْأَرْضِ وَخَلْقِ نَفْسِهِ وَسَائِرِ ما خَلَقَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى
فَأَمَّا الْفَرَائِضُ فَمَنْ لم يَعْلَمْهَا ولم تَبْلُغْهُ فإن هذا لم تَقُمْ عليه حُجَّةٌ حُكْمِيَّةٌ بِلَفْظِهِ
وَعَلَى هذا إذَا دخل مُسْلِمٌ أو ذِمِّيٌّ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَعَاقَدَ حَرْبِيًّا عَقْدَ الرِّبَا أو غَيْرِهِ من الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ في حُكْمِ الْإِسْلَامِ جَازَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وَكَذَلِكَ لو كان أَسِيرًا في أَيْدِيهِمْ أو أَسْلَمَ في دَارِ الْحَرْبِ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا فَعَاقَدَ حَرْبِيًّا
وقال أبو يُوسُفَ لَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ في دَارِ الْحَرْبِ إلَّا ما يَجُوزُ له في دَارِ الْإِسْلَامِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ حُرْمَةَ الرِّبَا ثَابِتَةٌ في حَقِّ الْعَاقِدِينَ أَمَّا في حَقِّ الْمُسْلِمِ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا في حَقِّ الْحَرْبِيِّ فَلِأَنَّ الْكُفَّارَ مُخَاطَبُونَ بِالْحُرُمَاتِ وقال تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { وَأَخْذِهِمْ الرِّبَا وقد نُهُوا عنه } وَلِهَذَا حَرُمَ مع الذِّمِّيِّ وَالْحَرْبِيِّ الذي دخل دَارَنَا بِأَمَانٍ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ أَخْذَ الرِّبَا في مَعْنَى إتْلَافِ الْمَالِ وَإِتْلَافُ مَالِ الْحَرْبِيِّ مُبَاحٌ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا عِصْمَةَ لِمَالِ الْحَرْبِيِّ فَكَانَ الْمُسْلِمُ بِسَبِيلٍ من أَخْذِهِ إلَّا بِطَرِيقِ

الْغَدْرِ وَالْخِيَانَةِ فإذا رضي بِهِ انْعَدَمَ مَعْنَى الْغَدْرِ بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ وَالْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمَا مَعْصُومَةٌ على الْإِتْلَافِ
وَلَوْ عَاقَدَ هذا الْمُسْلِمُ الذي دخل بِأَمَانٍ مُسْلِمًا أَسْلَمَ هُنَاكَ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا جَازَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ
وَلَوْ كَانَا أَسِيرَيْنِ أو دَخَلَا بِأَمَانٍ لِلتِّجَارَةِ فَتَعَاقَدَا عَقْدَ الرِّبَا أو غَيْرِهِ من الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ أَخْذَ الرِّبَا من الْمُسْلِمِ إتْلَافُ مَالٍ مَعْصُومٍ من غَيْرِ رِضَاهُ مَعْنًى لِأَنَّ الشَّرْعَ حَرَّمَ عليه أَنْ تَطِيبَ نَفْسُهُ بِذَلِكَ بِقَوْلِهِ صلى الله عليه وسلم من زَادَ وَاسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى وَالسَّاقِطُ شَرْعًا وَالْعَدَمُ حَقِيقَةً سَوَاءٌ فَأَشْبَهَ تَعَاقُدَ الْأَسِيرَيْنِ وَالتَّاجِرَيْنِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ أَخْذَ الرِّبَا في مَعْنَى إتْلَافِ الْمَالِ وَمَالُ الذي أَسْلَمَ في دَارِ الْحَرْبِ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْإِتْلَافِ يَدُلُّ عليه أَنَّ نَفْسَهُ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْقِصَاصِ وَلَا بِالدِّيَةِ عِنْدَنَا وَحُرْمَةُ الْمَالِ تَابِعَةٌ لِحُرْمَةِ النَّفْسِ بِخِلَافِ التَّاجِرَيْنِ وَالْأَسِيرَيْنِ فإن مَالَهُمَا مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ
وَعَلَى هذا إذَا دخل مُسْلِمٌ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ أو أَدَانَ حَرْبِيًّا ثُمَّ خَرَجَ الْمُسْلِمُ وَخَرَجَ الْحَرْبِيُّ مُسْتَأْمَنًا فإن الْقَاضِيَ لَا يَقْضِي لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا على صَاحِبِهِ بِالدَّيْنِ
وَكَذَلِكَ لو غَصَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ شيئا لَا يقضى بِالْغَصْبِ لِأَنَّ الْمُدَايَنَةَ في دَارِ الْحَرْبِ وَقَعَتْ هَدَرًا

لِانْعِدَامِ وِلَايَتِنَا عليهم وَانْعِدَامِ وِلَايَتِهِمْ أَيْضًا في حَقِّنَا وَكَذَا غَصْبُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَادَفَ مَالًا غَيْرُ مَضْمُونٍ فلم يَنْعَقِدْ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ
وَكَذَلِكَ لو كانا حَرْبِيَّيْنِ دَايَنَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ثُمَّ خَرَجَا مُسْتَأْمَنَيْنِ
وَلَوْ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ لَقضى بِالدَّيْنِ لِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ وَلَا يُقْضَى بِالْغَصْبِ لِمَا بَيَّنَّا إلَّا أَنَّ الْمُسْلِمَ لو كان هو الْغَاصِبَ يفتي بِأَنْ يَرُدّ عليهم وَلَا يُقْضَى عليه لِأَنَّهُ صَارَ غَادِرًا بِهِمْ نَاقِضًا عَهْدَهُمْ فَتَلْزَمُهُ التَّوْبَةُ وَلَا تَتَحَقَّقُ التَّوْبَةُ إلَّا بِرَدِّ الْمَغْصُوبِ
وَعَلَى هذا مُسْلِمَانِ دَخَلَا دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ بِأَنْ كَانَا تَاجِرَيْنِ مَثَلًا فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمْدًا لَا قِصَاصَ على الْقَاتِلِ لِمَا بَيَّنَّا وَإِنْ كان خَطَأً فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ في مَالِهِ وَالْكَفَّارَةُ لِأَنَّهُمَا من أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ وَإِنَّمَا دَخَلَا دَارَ الْحَرْبِ لِعَارِضِ أَمْرٍ إلَّا أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ لِلشُّبْهَةِ أو لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ على ما بَيَّنَّا
وَلَوْ كَانَا أَسِيرَيْنِ أو كان الْمَقْتُولُ أَسِيرًا مُسْلِمًا فَلَا شَيْءَ على الْقَاتِلِ إلَّا الْكَفَّارَةُ في الْخَطَإِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا عليه الْكَفَّارَةُ وَالدِّيَةُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْأَسِيرَيْنِ من أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ كَالْمُسْتَأْمَنِينَ وَإِنَّمَا الْأَسْرُ أَمْرٌ عَارِضٌ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الْأَسِيرَ مَقْهُورٌ في يَدِ أَهْلِ الْحَرْبِ فَصَارَ تَابِعًا لهم فَبَطَلَ تَقَوُّمُهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا الْحَرْبِيُّ إذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ الْحَرْبِيَّ في دَارِ الْحَرْبِ لَا يَنْفُذُ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَنْفُذُ وَقِيلَ لَا خِلَافَ في الْعِتْقِ أَنَّهُ يَنْفُذُ إنَّمَا الْخِلَافُ في الْوَلَاءِ أَنَّهُ هل يَثْبُتُ منه

عِنْدَهُمَا لَا يَثْبُتُ وَعِنْدَهُ يَثْبُتُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ رُكْنَ الْإِعْتَاقِ صَدَرَ من أَهْلِ الْإِعْتَاقِ في مَحَلٍّ مَمْلُوكٍ لِلْمُعْتَقِ فَيَصِحُّ كما لو أَعْتَقَ في دَارِ الْإِسْلَامِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْإِعْتَاقَ في دَارِ الْحَرْبِ لَا يُفِيدُ زَوَالَ الْمِلْكِ لِأَنَّ الْمِلْكَ في دَارِ الْحَرْبِ بِالْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ حَقِيقَةٌ فَكُلُّ مَقْهُورٍ مَمْلُوكٌ وَكُلُّ قَاهِرٍ مَالِكٌ
هذا دِيَانَتُهُمْ فَإِنَّهُمْ لَا يَعْرِفُونَ سِوَى الْقُدْرَةِ الْحَقِيقِيَّةِ حتى إنَّ الْعَبْدَ منهم إذَا قَهَرَ مَوْلَاهُ يَصِيرُ هو مَالِكًا وَمَوْلَاهُ مَمْلُوكًا وَهَذَا لَا يُفِيدُهُ الْإِعْتَاقُ في دَارِ الْحَرْبِ فَلَا يُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِ الْمَالِكِ
هذا مَعْنَى قَوْلِ مَشَايِخِنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه مُعْتَقٌ بِلِسَانِهِ مُسْتَرَقٌّ بيده
وَكَذَلِكَ لو اشْتَرَى قَرِيبًا لَا يُعْتَقُ عليه لِأَنَّهُ لَا يُعْتَقُ بِصَرِيحِ الْإِعْتَاقِ فَكَيْفَ يُعْتَقُ بِالشِّرَاءِ وَكَذَلِكَ لو دَبَّرَهُ أو كَاتَبَهُ في دَارِ الْحَرْبِ حتى لو دخل دَارَ الْإِسْلَامِ وَمَعَهُ مُدَبَّرٌ أو مُكَاتَبٌ دَبَّرَهُ أو كَاتَبَهُ في دَارِ الْحَرْبِ جَازَ بَيْعُهُ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ إعْتَاقٌ مُضَافٌ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْكِتَابَةُ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِشَرْطِ أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ ثُمَّ لم يَنْفُذْ إعْتَاقُهُ الْمُنْجَزُ فَكَذَا الْمُعَلَّقُ وَالْمُضَافُ
وَلَوْ اسْتَوْلَدَ أَمَتَهُ في دَارِ الْحَرْبِ صَحَّ اسْتِيلَادُهُ إياه (((إياها))) حتى لو خَرَجَ إلَيْنَا بها إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ اكْتِسَابُ ثَبَاتِ النَّسَبِ لِلْوَلَدِ وَالْحَرْبِيُّ من أَهْلِ ذلك
أَلَا تَرَى أَنَّ أَنْسَابَ أَهْلِ الْحَرْبِ ثَابِتَةٌ وإذا ثَبَتَ النَّسَبُ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له فَخَرَجَتْ عن مَحَلِّيَّةِ الْبَيْعِ لِكَوْنِهَا حُرَّةً من وَجْهٍ
قال صلى الله عليه وسلم أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا وَلَوْ دخل الْحَرْبِيُّ إلَيْنَا بِأَمَانٍ فَفَعَلَ شيئا من ذلك نَفَذَ كُلُّهُ لِأَنَّهُ لَمَّا دخل بِأَمَانٍ فَقَدْ لَزِمَهُ أَحْكَامُ الْإِسْلَامِ ما دَامَ في دَارِ الْإِسْلَامِ وَمِنْ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ أَنْ لَا يَمْلِكَ الْمُعْتِقُ أَنْ يَسْتَرِقَّ بيده ما أَعْتَقَهُ بِلِسَانِهِ
وَلَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ في دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ رَجَعَ إلَى دَارِ الْحَرْبِ وَخَلَفَ الْمُدَبَّرَ أو خَلَفَ أُمَّ وَلَدِهِ التي اسْتَوْلَدَهَا في دَارِ الْإِسْلَامِ أو في دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ مَاتَ على كُفْرِهِ أو قُتِلَ أو أُسِرَ يُحْكَمُ بِعِتْقِهِمَا
أَمَّا إذَا مَاتَ أو قُتِلَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرَ يُعْتَقَانِ بِمَوْتِ سَيِّدِهِمَا وَالْمَقْتُولُ مَيِّتٌ بِأَجَلِهِ وَإِنْ رَغِمَ أَنْفُ الْمُعْتَزِلَةِ
وَأَمَّا إذَا أُسِرَ فَلِأَنَّهُ صَارَ مَمْلُوكًا فلم يَبْقَ مَالِكًا ضَرُورَةً وَأَمَّا مُكَاتَبُهُ الذي كَاتَبَهُ في دَارِ الْإِسْلَامِ وَدَخَلَ هو إلَى دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ مُكَاتَبٌ على حَالِهِ وَبَدَلُ الْكِتَابَةِ عليه لِوَرَثَتِهِ إذَا مَاتَ
وَكَذَلِكَ الرُّهُونُ وَالْوَدَائِعُ وَالدُّيُونُ التي له علي الناس وما كان لِلنَّاسِ عليه فَهِيَ كُلُّهَا علي حَالِهَا إذَا مَاتَ لِأَنَّهُ دخل دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ وَمَعَهُ هذه الْأَمْوَالُ فَكَانَ حُكْمُ الْأَمَانِ فيها بَاقِيًا
وَكَذَلِكَ لو ظَهَرَ علي الدَّارِ فَظَهَرَ الْحَرْبِيُّ أو قُتِلَ ولم يَظْهَرْ على الدَّارِ فَمِلْكُهُ على حَالِهِ يَعُودُ فَيَأْخُذُ أو يَجِيءُ وَرَثَتُهُ فَيَأْخُذُونَهُ له
أَمَّا إذَا هَرَبَ ولم يُقْتَلْ ولم يُؤْسَرْ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا إذَا قُتِلَ ولم يَظْهَرْ فَلِأَنَّ مَالَهُ صَارَ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ فَيَجِيئُونَ فَيَأْخُذُونَهُ وَالْمُكَاتَبُ على حَالِهِ يُؤَدِّي إلَى وَرَثَتِهِ فَيُعْتَقُ فَأَمَّا إذَا ظَهَرَ وَأُسِرَ أو أُسِرَ ولم يَظْهَرْ أو ظَهَرَ وَقُتِلَ يُعْتَقْ مُكَاتَبُهُ
أَمَّا إذَا ظَهَرَ وَأُسِرَ أو أُسِرَ ولم يَظْهَرْ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ مِلْكٌ بِالْأَسْرِ وَكَذَا إذَا ظَهَرَ وَقُتِلَ لِأَنَّ الْقَتْلَ بَعْدَ الظُّهُورِ قَتْلٌ بَعْدَ الْأَسْرِ وَيَبْطُلُ ما كان له من الدَّيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ بِالْأَسْرِ صَارَ مَمْلُوكًا فلم يَبْقَ مَالِكًا

فَسَقَطَتْ دُيُونُهُ ضَرُورَةً وَلَا يَصِيرُ مَالِكًا لِلْأَسْرِ لِأَنَّ الدَّيْنَ في الذِّمَّةِ وما في الذِّمَّةِ لَا يُعْمَلُ عليه الْأَسْرُ
وَكَذَلِكَ ما عليه من الدُّيُونِ يَسْقُطُ أَيْضًا لِأَنَّهُ لو بَقِيَ لَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ فَلَا يَخْلُصُ السَّبْيُ لِلسَّابِي
وَأَمَّا وَدَائِعُهُ فَهِيَ في جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنها تَكُونُ فَيْئًا لِلْمُودَعِ
وَوَجْهُهُ أَنَّ يَدَهُ عن يَدِ الْغَانِمِينَ أَسْبَقُ وَالْمُبَاحُ مُبَاحٌ لِمَنْ سَبَقَ على لِسَانِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ يَدَ الْمُودَعِ يَدُهُ تَقْدِيرًا فَكَانَ الِاسْتِيلَاءُ عليه بِالْأَسْرِ اسْتِيلَاءً على ما في يَدِهِ تَقْدِيرًا وَلَا يَخْتَصُّ بِهِ الْغَانِمُونَ لِأَنَّهُ مَالٌ لم يُؤْخَذْ على سَبِيلِ الْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ حَقِيقَةً فَكَانَ فَيْئًا حَقِيقَةً لَا غَنِيمَةً فَيُوضَعُ مَوْضِعَ الْفَيْءِ
وَأَمَّا الرَّهْنُ فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَكُونُ لِلْمُرْتَهِنِ بِدَيْنِهِ وَالزِّيَادَةُ له وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُبَاعُ فَيَسْتَوْفِي قَدْرَ دَيْنِهِ وَالزِّيَادَةُ في جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ أَحْكَامِ الْمُرْتَدِّينَ فَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الرِّدَّةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ صِحَّةِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الرِّدَّةِ
أَمَّا رُكْنُهَا فَهُوَ إجْرَاءُ كَلِمَةِ الْكُفْرِ على اللِّسَانِ بَعْدَ وُجُودِ الْإِيمَانِ إذْ الرِّدَّةُ عِبَارَةٌ عن الرُّجُوعِ عن الْإِيمَانِ فَالرُّجُوعُ عن الْإِيمَانِ يُسَمَّى رِدَّةً في عُرْفِ الشَّرْعِ
وَأَمَّا شَرَائِطُ صِحَّتِهَا فَأَنْوَاعٌ منها الْعَقْلُ فَلَا تَصِحُّ رِدَّةُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ الْعَقْلَ من شَرَائِطِ الْأَهْلِيَّةِ خُصُوصًا في الِاعْتِقَادَاتِ
وَلَوْ كان الرَّجُلُ مِمَّنْ يُجَنُّ وَيُفِيقُ فَإِنْ ارْتَدَّ في حَالِ جُنُونِهِ لم يَصِحَّ وَإِنْ ارْتَدَّ في حَالِ إفَاقَتِهِ صَحَّتْ لِوُجُودِ دَلِيلِ الرُّجُوعِ في إحْدَى الْحَالَتَيْنِ دُونَ الْأُخْرَى
وَكَذَلِكَ السَّكْرَانُ الذَّاهِبُ الْعَقْلِ لَا تَصِحُّ رِدَّتُهُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ تَصِحَّ في حَقِّ الْأَحْكَامِ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْأَحْكَامَ مَبْنِيَّةٌ على الْإِقْرَارِ بِظَاهِرِ اللِّسَانِ لَا على ما في الْقَلْبِ إذْ هو أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا يُوقَفُ عليه
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ أَحْكَامَ الْكُفْرِ مَبْنِيَّةٌ على الْكُفْرِ كما أَنَّ أَحْكَامَ الْإِيمَانِ مَبْنِيَّةٌ على الْإِيمَانِ وَالْإِيمَانُ وَالْكُفْرُ يَرْجِعَانِ إلَى التَّصْدِيقِ وَالتَّكْذِيبِ وَإِنَّمَا الْإِقْرَارُ دَلِيلٌ عَلَيْهِمَا وَإِقْرَارُ السَّكْرَانِ الذَّاهِبِ الْعَقْلِ لَا يَصْلُحُ دَلَالَةً على التَّكْذِيبِ فَلَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ
وَأَمَّا الْبُلُوغُ فَهَلْ هو شَرْطٌ اُخْتُلِفَ فيه
قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رضي اللَّهُ عنهما ليس بِشَرْطٍ فَتَصِحُّ رِدَّةُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ شَرْطٌ حتى لَا تَصِحَّ رِدَّتُهُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ عَقْلَ الصَّبِيِّ في التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ الْمَحْضَةِ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ وَلِهَذَا لم يَصِحَّ طَلَاقُهُ وَإِعْتَاقُهُ وَتَبَرُّعَاتُهُ وَالرِّدَّةُ مَضَرَّةٌ مَحْضَةٌ فَأَمَّا الْإِيمَانُ فَيَقَعُ محض (((محضا))) لِذَلِكَ صَحَّ إيمَانُهُ ولم تَصِحَّ رِدَّتُهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ صَحَّ إيمَانُهُ فَتَصِحُّ رِدَّتُهُ
وَهَذَا لِأَنَّ صِحَّةَ الْإِيمَانِ وَالرِّدَّةِ مَبْنِيَّةٌ على وُجُودِ الْإِيمَانِ وَالرِّدَّةِ حَقِيقَةً لِأَنَّ

الْإِيمَانَ وَالْكُفْرَ من الْأَفْعَالِ الْحَقِيقِيَّةِ وَهُمَا أَفْعَالٌ خَارِجَةُ الْقَلْبِ بِمَنْزِلَةِ أَفْعَالِ سَائِرِ الْجَوَارِحِ وَالْإِقْرَارُ الصَّادِرُ عن عَقْلٍ دَلِيلُ وُجُودِهِمَا وقد وُجِدَ ههنا إلَّا أَنَّهُمَا مع وُجُودِهِمَا منه حَقِيقَةً لَا يُقْتَلُ وَلَكِنْ يُحْبَسُ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَالْقَتْلُ ليس من لَوَازِمِ الرِّدَّةِ عِنْدَنَا فإن الْمُرْتَدَّةَ لَا تُقْتَلُ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وَالرِّدَّةُ مَوْجُودَةٌ

وَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَتَصِحُّ رِدَّةُ الْمَرْأَةِ عِنْدَنَا لَكِنَّهَا لَا تُقْتَلُ بَلْ تُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُقْتَلُ وَسَتَأْتِي الْمَسْأَلَةُ في مَوْضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَمِنْهَا الطَّوْعُ فَلَا تَصِحُّ رِدَّةُ الْمُكْرَهِ على الرِّدَّةِ اسْتِحْسَانًا إذَا كان قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ وَالْقِيَاسُ أَنْ تَصِحَّ في أَحْكَامِ الدُّنْيَا وَسَنَذْكُرُ وَجْهَ الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ في كِتَابِ الْإِكْرَاهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَأَمَّا حُكْمُ الرِّدَّةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ تَعَالَى التَّوْفِيقُ إنَّ لِلرِّدَّةِ أَحْكَامًا كَثِيرَةً بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْمُرْتَدِّ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى مِلْكِهِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى تَصَرُّفَاتِهِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى وَلَدِهِ

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِهِ فَأَنْوَاعٌ منها إبَاحَةُ دَمِهِ إذَا كان رَجُلًا حُرًّا كان أو عَبْدًا لِسُقُوطِ عِصْمَتِهِ بِالرِّدَّةِ

قال النبي من بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ وَكَذَا الْعَرَبُ لَمَّا ارْتَدَّتْ بَعْدَ وَفَاةِ رسول اللَّهِ أَجْمَعَتْ الصَّحَابَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على قَتْلِهِمْ

وَمِنْهَا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُسْتَتَابَ وَيُعْرَضَ عليه الْإِسْلَامُ لِاحْتِمَالِ أَنْ يُسْلِمَ لَكِنْ لَا يَجِبُ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ قد بَلَغَتْهُ فَإِنْ أَسْلَمَ فَمَرْحَبًا وَأَهْلًا بِالْإِسْلَامِ وَإِنْ أَبَى نَظَرَ الْإِمَامُ في ذلك فَإِنْ طَمِعَ في تَوْبَتِهِ أو سَأَلَ هو التَّأْجِيلَ أَجَّلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَإِنْ لم يَطْمَعْ في تَوْبَتِهِ ولم يَسْأَلْ هو التَّأْجِيلَ قَتَلَهُ من سَاعَتِهِ

وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قَدِمَ عليه رَجُلٌ من جَيْشِ الْمُسْلِمِينَ فقال هل عندكم (((عندك))) من مُغْرِبَةِ خَبَرٍ قال نعم رَجُلٌ كَفَرَ بِاَللَّهِ بَعْدَ إسْلَامِهِ فقال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه مَاذَا

فَعَلْتُمْ بِهِ قال قَرَّبْنَاهُ فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ فقال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه ههلا (((هلا))) طَيَّنْتُمْ عليه بَيْتًا ثَلَاثًا وَأَطْعَمْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيفًا وَاسْتَتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيَرْجِعُ إلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى اللَّهُمَّ إنِّي لم أَحْضُرْ ولم آمُرْ ولم أَرْضَ إذْ بَلَغَنِي

وَهَكَذَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ أَنَّهُ قال يُسْتَتَابُ الْمُرْتَدُّ ثَلَاثًا وتلى (((وتلا))) هذه الْآيَةَ { إنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ازْدَادُوا كُفْرًا } وَلِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّهُ عَرَضَتْ له شُبْهَةٌ حَمَلَتْهُ على الرِّدَّةِ فَيُؤَجَّلُ ثَلَاثًا لَعَلَّهَا تَنْكَشِفُ في هذه الْمُدَّةِ فَكَانَتْ الِاسْتِتَابَةُ ثَلَاثًا وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ عَسَى فَنَدَبَ إلَيْهَا فَإِنْ قَتَلَهُ إنْسَانٌ قبل الِاسْتِتَابَةِ يُكْرَهُ له ذلك وَلَا شَيْءَ عليه لِزَوَالِ عِصْمَتِهِ بِالرِّدَّةِ وَتَوْبَتِهِ أَنْ يَأْتِيَ بِالشَّهَادَتَيْنِ وَيَبْرَأَ عن الدِّينِ الذي انْتَقَلَ إلَيْهِ فَإِنْ تَابَ ثُمَّ ارْتَدَّ ثَانِيًا فَحُكْمُهُ في الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ كَحُكْمِهِ في الْمَرَّةِ الْأُولَى

أَنَّهُ إنْ تَابَ في الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ قُبِلَتْ تَوْبَتُهُ
وَكَذَا في الْمَرَّةِ الثَّالِثَةِ وَالرَّابِعَةِ لِوُجُودِ الْإِيمَانِ ظَاهِرًا في كل كَرَّةٍ لِوُجُودِ رُكْنِهِ وهو إقْرَارُ الْعَاقِلِ
وقال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { إنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا }
فَقَدْ أَثْبَتَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْإِيمَانَ بَعْدَ وُجُودِ الرِّدَّةِ منه وَالْإِيمَانُ بَعْدَ وُجُودِ الرِّدَّةِ لَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ إلَّا أَنَّهُ إذَا تَابَ في الْمَرَّةِ الرَّابِعَةِ يَضْرِبُهُ الْإِمَامُ وَيُخَلِّي سَبِيلَهُ
وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ إذَا تَابَ في الْمَرَّةِ الثَّالِثَةِ حَبَسَهُ الْإِمَامُ ولم يُخْرِجْهُ من السِّجْنِ حتى يَرَى عليه أَثَرَ خُشُوعِ التَّوْبَةِ وَالْإِخْلَاصِ
وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَا يُبَاحُ دَمُهَا إذَا ارْتَدَّتْ وَلَا تُقْتَلُ عِنْدَنَا وَلَكِنَّهَا تُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ وَإِجْبَارُهَا على الْإِسْلَامِ أَنْ تُحْبَسَ وَتَخْرُجَ في كل يَوْمٍ فَتُسْتَتَابُ وَيُعْرَضُ عليها الْإِسْلَامُ فَإِنْ أَسْلَمَتْ وَإِلَّا حُبِسَتْ ثَانِيًا هَكَذَا إلَى أَنْ تُسْلِمَ أو تَمُوتَ
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وزاد عليه تُضْرَبُ أَسْوَاطًا في كل مَرَّةٍ تَعْزِيرًا لها على ما فَعَلَتْ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُقْتَلُ لِعُمُومِ قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ وَلِأَنَّ عِلَّةَ إبَاحَةِ الدَّمِ هو الْكُفْرُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَلِهَذَا قُتِلَ الرَّجُلُ وقد وُجِدَ منها ذلك بِخِلَافِ الْحَرْبِيَّةِ وَهَذَا لِأَنَّ الْكُفْرَ بَعْدَ الْإِيمَانِ أَغْلَظُ من الْكُفْرِ الْأَصْلِيِّ لِأَنَّ هذا رُجُوعٌ بَعْدَ الْقَبُولِ وَالْوُقُوفِ على مَحَاسِنِ الْإِسْلَامِ وَحُجَجِهِ وَذَلِكَ امْتِنَاعٌ من الْقَبُولِ بَعْدَ التَّمَكُّنِ من الْوُقُوفِ دُونَ حَقِيقَةِ الْوُقُوفِ فَلَا يَسْتَقِيمُ الِاسْتِدْلَال
وَلَنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لَا تَقْتُلُوا امْرَأَةً وَلَا وَلِيدًا وَلِأَنَّ الْقَتْلَ إنَّمَا شُرِعَ وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ بِالدَّعْوَةِ إلَيْهِ بِأَعْلَى الطَّرِيقَيْنِ عِنْدَ وُقُوعِ الْيَأْسِ عن إجَابَتِهَا بِأَدْنَاهُمَا وهو دَعْوَةُ اللِّسَانِ بِالِاسْتِتَابَةِ بِإِظْهَارِ مَحَاسِنِ الْإِسْلَامِ وَالنِّسَاءُ أَتْبَاعُ الرِّجَالِ في إجَابَةِ هذه الدَّعْوَةِ في الْعَادَةِ فَإِنَّهُنَّ في الْعَادَاتِ الْجَارِيَةِ يُسْلِمْنَ بِإِسْلَامِ أَزْوَاجِهِنَّ على ما رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا أَسْلَمَ وَكَانَتْ تَحْتَهُ خَمْسُ نِسْوَةٍ فَأَسْلَمْنَ معه
وإذا كان كَذَلِكَ فَلَا يَقَعُ شَرْعُ الْقَتْلِ في حَقِّهَا وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ فَلَا يُفِيدُ وَلِهَذَا لم تُقْتَلْ الْحَرْبِيَّةُ بِخِلَافِ الرَّجُلِ فإن الرَّجُلَ لَا يَتْبَعُ رَأْيَ غَيْرِهِ خُصُوصًا في أَمْرِ الدِّينِ بَلْ يَتْبَعُ رَأْيَ نَفْسِهِ فَكَانَ رَجَاءُ الْإِسْلَامِ منه ثَابِتًا فَكَانَ شَرْعُ الْقَتْلِ مُفِيدًا فَهُوَ الْفَرْقُ
وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ على الذُّكُورِ عَمَلًا بِالدَّلَائِلِ صِيَانَةً لها عن التَّنَاقُضِ
وَكَذَلِكَ الْأَمَةُ إذَا ارْتَدَّتْ لَا تُقْتَلُ عِنْدَنَا وَتُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ وَلَكِنْ يُجْبِرُهَا مَوْلَاهَا إنْ احْتَاجَ إلَى خِدْمَتِهَا وَيَحْبِسُهَا في بَيْتِهِ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى فيها بَعْدَ الرِّدَّةِ قَائِمٌ وَهِيَ مَجْبُورَةٌ على الْإِسْلَامِ شَرْعًا فَكَانَ الرَّفْعُ إلَى الْمَوْلَى رِعَايَةً لِلْحَقَّيْنِ وَلَا يَطَؤُهَا لِأَنَّ الْمُرْتَدَّةَ لَا تَحِلُّ لِأَحَدٍ
وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ الْعَاقِلُ لَا يُقْتَلُ وَإِنْ صَحَّتْ رِدَّتُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رضي اللَّهُ عنهما لِأَنَّ قَتْلَ الْبَالِغِ بَعْدَ الِاسْتِتَابَةِ وَالدَّعْوَةِ إلَى الْإِسْلَامِ بِاللِّسَانِ وَإِظْهَارِ حُجَجِهِ وَإِيضَاحِ دَلَائِلِهِ لِظُهُورِ الْعِنَادِ وَوُقُوعِ الْيَأْسِ عن فَلَاحِهِ
وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ من الصَّبِيِّ فَكَانَ الْإِسْلَامُ منه مَرْجُوًّا وَالرُّجُوعُ إلَى الدِّينِ الحق منه مَأْمُولًا فَلَا يُقْتَلُ وَلَكِنْ يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ بِالْحَبْسِ لِأَنَّ الْحَبْسَ يَكْفِيهِ وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ
وَعَلَى هذا صَبِيٌّ أَبَوَاهُ مُسْلِمَانِ حتى حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لِأَبَوَيْهِ فَبَلَغَ كَافِرًا ولم يُسْمَعْ منه إقْرَارٌ بِاللِّسَانِ بَعْدَ الْبُلُوغِ لَا يُقْتَلُ لِانْعِدَامِ الرِّدَّةِ منه إذْ هِيَ اسْمٌ لِلتَّكْذِيبِ بَعْدَ سَابِقَةِ التَّصْدِيقِ ولم يُوجَدْ منه التَّصْدِيقُ بَعْدَ الْبُلُوغِ أَصْلًا لِانْعِدَامِ

دَلِيلِهِ وهو الْإِقْرَارُ
حتى لو أَقَرَّ بِالْإِسْلَامِ ثُمَّ ارْتَدَّ يُقْتَلُ لِوُجُودِ الرِّدَّةِ منه بِوُجُودِ دَلِيلِهَا وهو الْإِقْرَارُ فلم يَكُنْ الْمَوْجُودُ منه حَقِيقَةً فَلَا يُقْتَلُ وَلَكِنَّهُ يُحْبَسُ لِأَنَّهُ كان له حُكْمُ الْإِسْلَامِ قبل الْبُلُوغِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ وَالْحُكْمُ في إكْسَابِهِ كَالْحُكْمِ في إكْسَابِ المرتد (((المرتد))) لِأَنَّهُ مُرْتَدٌّ حُكْمًا وَسَنَذْكُرُ الْكَلَامَ في إكْسَابِ الْمُرْتَدِّ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَمِنْهَا حُرْمَةُ الِاسْتِرْقَاقِ فإن الْمُرْتَدَّ لَا يَسْتَرِقُّ وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ لم يُشْرَعْ فيه إلَّا الْإِسْلَامُ أو السَّيْفُ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { تُقَاتِلُونَهُمْ أو يُسْلِمُونَ } وَكَذَا الصَّحَابَةُ

رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعُوا عليه في زَمَنِ سَيِّدِنَا أبي بَكْرٍ رضي اللَّهُ عنه وَلِأَنَّ اسْتِرْقَاقَ الْكَافِرِ لِلتَّوَسُّلِ إلَى الْإِسْلَامِ وَاسْتِرْقَاقُهُ لَا يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ على ما مَرَّ من قَبْلُ
وَلِهَذَا لم يَجُزْ إبْقَاؤُهُ على الْحُرِّيَّةِ بِخِلَافِ الْمُرْتَدَّةِ إذَا لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ أنها تُسْتَرَقُّ لِأَنَّهُ لم يُشْرَعْ قَتْلُهَا
وَلَا يَجُوزُ إبْقَاءُ الْكَافِرِ على الْكُفْرِ إلَّا مع الْجِزْيَةِ أو مع الرِّقِّ وَلَا جِزْيَةَ على النِّسْوَانِ فَكَانَ إبْقَاؤُهَا على الْكُفْرِ مع الرِّقِّ أَنْفَعَ لِلْمُسْلِمِينَ من إبْقَائِهَا من غَيْرِ شَيْءٍ
وَكَذَا الصَّحَابَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ اسْتَرَقُّوا نِسَاءَ من ارْتَدَّ من الْعَرَبِ وَصِبْيَانَهُمْ حتى قِيلَ إنَّ أُمَّ مُحَمَّدِ بن الْحَنَفِيَّةِ وَهِيَ خَوْلَةُ بِنْتُ إيَاسٍ كانت من سبى بَنِي حَنِيفَةَ
وَمِنْهَا حُرْمَةُ أَخْذِ الْجِزْيَةِ فَلَا تُؤْخَذُ الْجِزْيَةُ من الْمُرْتَدِّ لِمَا ذَكَرْنَا
وَمِنْهَا أَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُ جِنَايَتَهُ لِمَا ذَكَرْنَا من قَبْلُ إن مُوجِبَ الْجِنَايَةِ على الْجَانِي وَإِنَّمَا الْعَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُ عنه بِطَرِيقِ التَّعَاوُنِ وَالْمُرْتَدُّ لَا يُعَاوَنُ
وَمِنْهَا الْفُرْقَةُ إذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ثُمَّ إنْ كانت الرِّدَّةُ من الْمَرْأَةِ كانت فُرْقَةً بِغَيْرِ طَلَاقٍ بِالِاتِّفَاقِ وَإِنْ كانت من الرَّجُلِ فَفِيهِ خِلَافٌ مَذْكُورٌ في كِتَابِ النِّكَاحِ وَلَا تَرْتَفِعُ هذه الْفُرْقَةُ بِالْإِسْلَامِ
وَلَوْ ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ مَعًا أو أَسْلَمَا مَعًا فَهُمَا على نِكَاحِهِمَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَسَدَ النِّكَاحُ
وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قبل الْآخَرِ فَسَدَ النِّكَاحُ بِالْإِجْمَاعِ وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ النِّكَاحِ
وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إنْكَاحُهُ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ له
وَمِنْهَا حُرْمَةُ ذَبِيحَتِهِ لِأَنَّهُ لَا مِلَّةَ لِمَا ذَكَرْنَا
وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَرِثُ من أَحَدٍ لِانْعِدَامِ الْمِلَّةِ وَالْوِلَايَةِ
وَمِنْهَا أنها تُحْبَطُ أَعْمَالُهُ لَكِنْ بِنَفْسِ الرِّدَّةِ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِشَرِيطَةِ الْمَوْتِ عليها وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الصَّلَاةِ
وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عليه شَيْءٌ من الْعِبَادَاتِ عِنْدَنَا لِأَنَّ الْكُفَّارَ غَيْرُ مُخَاطَبِينَ بِشَرَائِعَ هِيَ عِبَادَاتٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ عليه وَهِيَ من

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى مَالِهِ فَثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ حُكْمُ الْمِلْكِ وَحُكْمُ الْمِيرَاثِ وَحُكْمُ الدَّيْنِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّهُ إذَا أَسْلَمَ تَكُونُ أَمْوَالُهُ على حُكْمِ مِلْكِهِ وَلَا خِلَافَ أَيْضًا في أَنَّهُ إذَا مَاتَ أو قُتِلَ أو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ تَزُولُ أَمْوَالُهُ عن مِلْكِهِ
وَاخْتُلِفَ في أَنَّهُ تَزُولُ بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ مَقْصُورًا على الْحَالِ أَمْ بِالرِّدَّةِ من حِينِ وُجُودِهَا على التَّوَقُّفِ فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ مِلْكُ الْمُرْتَدِّ لَا يَزُولُ عن مَالِهِ بِالرِّدَّةِ وَإِنَّمَا يَزُولُ بِالْمَوْتِ أو الْقَتْلِ أو بِاللَّحَاقِ بِدَارِ الْحَرْبِ
وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه الْمِلْكُ في أَمْوَالِهِ مَوْقُوفٌ على ما يَظْهَرُ من حَالِهِ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ بُنِيَ حُكْمُ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ إنها جَائِزَةٌ عِنْدَهُمَا كما تَجُوزُ من الْمُسْلِمِ حتى لو أَعْتَقَ أو دَبَّرَ أو كَاتَبَ أو بَاعَ أو اشْتَرَى أو وَهَبَ نَفَذَ ذلك كُلُّهُ وعقدت (((وعقدة))) تَصَرُّفَاتِهِ مَوْقُوفَةٌ لِوُقُوفِ أَمْلَاكِهِ فَإِنْ أَسْلَمَ جَازَ كُلُّهُ وَإِنْ مَاتَ أو قُتِلَ أو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَ كُلُّهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمِلْكَ كان ثَابِتًا له حَالَةَ الْإِسْلَامِ لِوُجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ وَأَهْلِيَّتِهِ وَهِيَ الْحُرِّيَّةُ وَالرِّدَّةُ لَا تُؤَثِّرُ في شَيْءٍ من ذلك ثُمَّ اخْتَلَفَا فِيمَا بَيْنَهُمَا في كَيْفِيَّةِ الْجَوَازِ فقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ جَوَازُهَا جَوَازُ تَصَرُّفِ الصَّحِيحِ
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ جَوَازُ تَصَرُّفَاتِ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُرْتَدَّ على شَرَفِ التَّلَفِ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ فَأَشْبَهَ الْمَرِيضَ مَرَضَ الْمَوْتِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ إن اخْتِيَارَ الْإِسْلَامِ بيده فَيُمْكِنُهُ الرُّجُوعُ إلَى الْإِسْلَامِ فَيَخْلُصُ عن الْقَتْلِ وَالْمَرِيضُ لَا يُمْكِنُهُ دَفْعُ الْمَرَضِ عن نَفْسِهِ فَأَنَّى يَتَشَابَهَانِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ زَوَالِ الْمِلْكِ وهو الرِّدَّةُ لِأَنَّهَا سَبَبٌ لِوُجُوبِ الْقَتْلِ وَالْقَتْلُ سَبَبٌ لِحُصُولِ الْمَوْتِ فَكَانَ زَوَالُ الْمِلْكِ عِنْدَ الْمَوْتِ مُضَافًا إلَى السَّبَبِ السَّابِقِ وهو الرِّدَّةُ وَلَا يُمْكِنُهُ اللَّحَاقُ بِدَارِ الْحَرْبِ بِأَمْوَالِهِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكَّنُ من ذلك بَلْ يُقْتَلُ فيبقى مَالُهُ فَاضِلًا عن حَاجَتِهِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُحْكَمَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ لِلْحَالِ إلَّا أَنَّا تَوَقَّفْنَا فيه لِاحْتِمَالِ الْعَوْدِ إلَى الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ إذَا عَادَ تَرْتَفِعُ الرِّدَّةُ من الْأَصْلِ وَيُجْعَلُ كَأَنْ لم يَكُنْ فَكَانَ التَّوَقُّفُ في الزَّوَالِ لِلْحَالِ لِاشْتِبَاهِ الْعَاقِبَةِ فَإِنْ أَسْلَمَ تَبَيَّنَ أَنَّ الرِّدَّةَ لم تَكُنْ سَبَبًا لِزَوَالِ الْمِلْكِ لِارْتِفَاعِهَا من الْأَصْلِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ تَصَرُّفَهُ صَادَفَ مَحَلَّهُ فَيَصِحُّ
وَإِنْ قُتِلَ أو مَاتَ أو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ تَبَيَّنَ أنها وَقَعَتْ سَبَبًا لِلزَّوَالِ من حِينِ وُجُودِهَا فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمِلْكَ كان زَائِلًا من حِينِ وُجُودِ الرِّدَّةِ لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَتَخَلَّفُ عن سَبَبِهِ فلم يُصَادِفْ التَّصَرُّفُ مَحَلَّهُ فَبَطَلَ فَأَمَّا قبل ذلك كان مِلْكُهُ مَوْقُوفًا فَكَانَتْ تَصَرُّفَاتُهُ الْمَبْنِيَّةُ عليه مَوْقُوفَةً ضَرُورَةً
وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ يَصِحُّ اسْتِيلَادُهُ حتى إنَّهُ لو اسْتَوْلَدَ أَمَتَهُ فَادَّعَى وَلَدَهَا أنه يَثْبُتُ

النَّسَبُ وَتَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له
أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الْمَحَلَّ مَمْلُوكٌ له مِلْكًا تَامًّا
وَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلِأَنَّ الْمِلْكَ الْمَوْقُوفَ لَا يَكُونُ أَدْنَى حَالًا من حَقِّ الْمِلْكِ ثُمَّ حَقُّ الْمِلْكِ يَكْفِي لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ فَهَذَا أَوْلَى وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ يَصِحُّ طَلَاقُهُ وَتَسْلِيمُهُ الشُّفْعَةَ لِأَنَّ الرِّدَّةَ لَا تُؤَثِّرُ في مِلْكِ النِّكَاحِ وَالثَّابِتُ لِلشَّفِيعِ حَقٌّ لَا يَحْتَمِلُ الْإِرْثَ
وَمُعَاوَضَتُهُ مَوْقُوفَةٌ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ على الْمُسَاوَاةِ
وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَلَا يَزُولُ مِلْكُهَا عن أَمْوَالِهَا بِلَا خِلَافٍ فَتَجُوزُ تَصَرُّفَاتُهَا في مَالِهَا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ فلم تَكُنْ رِدَّتُهَا سَبَبًا لِزَوَالِ مِلْكِهَا عن أَمْوَالِهَا بِلَا خِلَافٍ فَتَجُوزُ تَصَرُّفَاتُهَا وإذا عُرِفَ حُكْمُ مِلْكِ الْمُرْتَدِّ وَحَالُ تَصَرُّفَاتِهِ الْمَبْنِيَّةِ عليه
فَحَالُ الْمُرْتَدِّ لَا يَخْلُو من أَنْ يُسْلِمَ أو يَمُوتَ أو يُقْتَلَ أو يَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَإِنْ أَسْلَمَ فَقَدْ عَادَ على حُكْمِ مِلْكِهِ الْقَدِيمِ لِأَنَّ الرِّدَّةَ ارْتَفَعَتْ من الْأَصْلِ حُكْمًا وَجُعِلَتْ كَأَنْ لم تَكُنْ أَصْلًا وَإِنْ مَاتَ أو قُتِلَ صَارَ مَالُهُ لِوَرَثَتِهِ وَعَتَقَ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ وَمُكَاتَبُوهُ إذَا أَدَّى إلَى وَرَثَتِهِ وَتَحِلُّ الدُّيُونُ التي عليه وَتُقْضَى عنه لِأَنَّ هذه أَحْكَامُ الْمَوْتِ
وَكَذَلِكَ إذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا وَقَضَى الْقَاضِي بِلَحَاقِهِ لِأَنَّ اللَّحَاقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ في حَقِّ زَوَالِ مِلْكِهِ عن أَمْوَالِهِ الْمَتْرُوكَةِ في دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ زَوَالَ الْمِلْكِ عن الْمَالِ بِالْمَوْتِ حَقِيقَةٌ لِكَوْنِهِ مَالًا فَاضِلًا عن حَاجَتِهِ لِانْتِهَاءِ حَاجَتِهِ بِالْمَوْتِ وَعَجْزِهِ عن الِانْتِفَاعِ بِهِ وقد وُجِدَ هذا الْمَعْنَى في اللَّحَاقِ لِأَنَّ الْمَالَ الذي في دَارِ الْإِسْلَامِ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ في حَقِّهِ لِعَجْزِهِ عن الِانْتِفَاعِ بِهِ فَكَانَ في حُكْمِ الْمَالِ الْفَاضِلِ عن حَاجَتِهِ لِعَجْزِهِ عن قَضَاءِ حَاجَتِهِ بِهِ فَكَانَ اللَّحَاقُ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ في كَوْنِهِ مُزِيلًا لِلْمِلْكِ فإذا قَضَى الْقَاضِي بِاللَّحَاقِ يُحْكَمُ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ وَيُقْسَمُ مَالُهُ بين وَرَثَتِهِ وَتَحِلُّ دُيُونُهُ الْمُؤَجَّلَةُ لِأَنَّ هذه أَحْكَامٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمَوْتِ وقد وُجِدَ مَعْنًى
وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ فَيُؤَدِّي إلَى وَرَثَتِهِ فَيُعْتَقُ وإذا عَتَقَ فَوَلَاؤُهُ لِلْمُرْتَدِّ لِأَنَّهُ الْمُعْتِقُ وَلَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ عَادَ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مُسْلِمًا فَهَذَا لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَعُودَ قبل قَضَاءِ الْقَاضِي بِلَحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ
وَالثَّانِي أَنْ يَعُودَ بَعْدَ ذلك فَإِنْ عَادَ قبل أَنْ يَقْضِيَ الْقَاضِي بِلَحَاقِهِ عَادَ على حُكْمِ أَمْلَاكِهِ في الْمُدَبَّرِينَ وَأُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَغَيْرِ ذلك لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ هذه الْأَحْكَامَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمَوْتِ وَاللُّحُوقُ بِدَارِ الْحَرْبِ ليس بِمَوْتٍ حَقِيقَةً لَكِنَّهُ يَلْحَقُ بِالْمَوْتِ إذَا اتَّصَلَ بِهِ قَضَاءُ الْقَاضِي بِاللَّحَاقِ فإذا لم يَتَّصِلْ بِهِ لم يَلْحَقْ فإذا عَادَ يَعُودُ على حُكْمِ مِلْكِهِ وَإِنْ عَادَ بَعْدَ ما قَضَى الْقَاضِي بِاللَّحَاقِ فما وُجِدَ من مَالِهِ في يَدِ وَرَثَتِهِ بِحَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ لِأَنَّ وَلَدَهُ جُعِلَ خَلَفًا له في مَالِهِ فَكَانَ تَصَرُّفُهُ في مَالِهِ بِطَرِيقِ الْخِلَافَةِ له كَأَنَّهُ وَكِيلُهُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ ما وَجَدَهُ قَائِمًا على حَالِهِ وما زَالَ مِلْكُ الْوَارِثِ عنه بِالْبَيْعِ أو بِالْعِتْقِ فَلَا رُجُوعَ فيه لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْخَلَفِ كَتَصَرُّفِ الْأَصْلِ بِمَنْزِلَةِ تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ
وَأَمَّا ما أَعْتَقَ الْحَاكِمُ من أُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ فَلَا سَبِيلَ عليهم لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَكَذَا الْمُكَاتَبُ إذَا كان أَدَّى الْمَالَ إلَى الْوَرَثَةِ لَا سَبِيلَ عليه أَيْضًا لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ عَتَقَ بِأَدَاءِ الْمَالِ وَالْعِتْقُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وما أدى إلَى الْوَرَثَةِ إنْ كان قَائِمًا أخذه (((أخذ))) وَإِنْ زَالَ مِلْكُهُمْ عنه لَا يَجِبُ عليهم ضَمَانُهُ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ لِمَا بَيَّنَّا وَإِنْ كان لم يُؤَدِّ بَدَلَ الْكِتَابَةِ بَعْدُ يُؤْخَذُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ وَإِنْ عَجَزَ عَادَ رَقِيقًا له وَلَوْ رَجَعَ كَافِرًا إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَأَخَذَ طَائِفَةً من مَالِهِ وَأَدْخَلَهَا إلَى دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ عليه فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ ما قضى بِلَحَاقِهِ فَالْوَرَثَةُ أَحَقُّ بِهِ وَإِنْ وَجَدَتْهُ قبل الْقِسْمَةِ أَخَذَتْهُ مَجَّانًا بِلَا عِوَضٍ

وَإِنْ وَجَدَتْهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذَتْهُ بِالْقِيمَةِ في ذَوَاتِ الْقِيَمِ لِأَنَّهُ إذَا لَحِقَ وقضى بِلِحَاقِهِ فَقَدْ زَالَ مِلْكُهُ إلَى الْوَرَثَةِ فَهَذَا مَالُ مُسْلِمٍ اسْتَوْلَى عليه الْكَافِرُ وَأَحْرَزَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ على الدَّارِ فَوَجَدَهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ فَالْحُكْمُ فيه ما ذَكَرْنَا وَإِنْ رَجَعَ قبل الْحُكْمِ بِاللَّحَاقِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةِ هذا وَرُجُوعُهُ بَعْدَ الْحُكْمِ بِاللَّحَاقِ سَوَاءٌ

وفي رِوَايَةٍ أَنَّهُ يَكُونُ فَيْئًا لَا حَقَّ لِلْوَرَثَةِ فيه أَصْلًا

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ جَنَى الْمُرْتَدُّ جِنَايَةً ثُمَّ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ عَادَ إلَيْنَا ثَانِيًا فما كان من حُقُوقِ الْعِبَادِ كَالْقَتْلِ وَالْغَصْبِ وَالْقَذْفِ يُؤْخَذُ بِهِ وما كان من حُقُوقِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى كَالزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ يَسْقُطُ عنه لِأَنَّ اللَّحَاقَ يُلْتَحَقُ بِالْمَوْتِ فَيُورِثُ شُبْهَةً في سُقُوطِ ما يَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ

وَلَوْ فَعَلَ شيئا من ذلك بَعْدَ اللَّحَاقِ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ مَاتَ لم يُؤْخَذْ بِشَيْءٍ منه لِأَنَّ فِعْلَهُ لم يَنْعَقِدْ مُوجِبًا لِصَيْرُورَتِهِ في حُكْمِ أَهْلِ الْحَرْبِ

هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ مَالِهِ الذي خَلَّفَهُ في دَارِ الْإِسْلَامِ وَأَمَّا الذي لَحِقَ بِهِ في دَارِ

الْحَرْبِ فَهُوَ مِلْكُهُ حتى لو ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ عليه يَكُونُ فَيْئًا لِأَنَّ مِلْكَ الْوَرَثَةِ لم يَثْبُتْ في الْمَالِ الْمَحْمُولِ إلَى دَارِ الْحَرْبِ فَبَقِيَ على مِلْكِ الْمُرْتَدِّ وهو غَيْرُ مَعْصُومٍ فَكَانَ مَحَلَّ التَّمَلُّكِ بِالِاسْتِيلَاءِ لِسَائِرِ أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ

وَأَمَّا حُكْمُ الْمِيرَاثِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في أَنَّ الْمَالَ الذي اكْتَسَبَهُ في حَالَةِ الْإِسْلَامِ يَكُونُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ إذَا مَاتَ أو قُتِلَ أو لَحِقَ وَقُضِيَ بِاللَّحَاقِ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هو فَيْءٌ وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ وَلَا الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ نَفَى أَنْ يَرِثَ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَوَارِثُهُ مُسْلِمٌ فَيَجِبُ أَنْ لَا يَرِثَهُ

وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عنه قَتَلَ الْمُسْتَوْرِدَ الْعِجْلَيَّ بِالرِّدَّةِ وَقَسَمَ مَالَهُ بين وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ مُنْكِرٌ عليه فَيَكُونُ إجْمَاعًا من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ وَلِأَنَّ الرِّدَّةَ في كَوْنِهَا سَبَبًا لِزَوَالِ الْمِلْكِ كَالْمَوْتِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه على ما قَرَّرْنَاهُ فإذا ارْتَدَّ فَهَذَا مُسْلِمٌ مَاتَ فَيَرِثُهُ الْمُسْلِمُ فَكَانَ هذا إرْثَ الْمُسْلِمِ من الْمُسْلِمِ لَا من الْكَافِرِ فَقَدْ قُلْنَا بِمُوجِبِ الحديث بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى

وَأَمَّا على أَصْلِهِمَا فَالرِّدَّةُ إنْ كانت لَا تُوجِبُ زَوَالَ الْمِلْكِ يُمْكِنُ احْتِمَالُ الْعَوْدِ إلَى الْإِسْلَامِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ فَيَبْقَى على حُكْمِ الْإِسْلَامِ في حَقِّ حُكْمِ الْإِرْثِ وَذَلِكَ جَائِزٌ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ بَقِيَ على حُكْمِ الْإِسْلَامِ في حَقِّ الْمَنْعِ من التَّصَرُّفِ في الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَى عليه في حَقِّ حُكْمِ الْإِرْثِ أَيْضًا فَلَا يَكُونُ إرْثُ الْمُسْلِمِ من الْكَافِرِ فَيَكُونُ عَمَلًا بِالْحَدِيثِ أَيْضًا

وَاخْتَلَفُوا في الْمَالِ الذي اكْتَسَبَهُ في حَالِ الرِّدَّةِ
قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه هو فَيْءٌ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ هو مِيرَاثٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ كَسْبَ الرِّدَّةِ مِلْكُهُ لِوُجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ من أَهْلِ الْمِلْكِ في مَحَلٍّ قَابِلٍ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْمُرْتَدَّ أَهْلُ الْمِلْكِ لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ الْمِلْكِ بِالْحُرِّيَّةِ وَالرِّدَّةُ لَا تُنَافِيهَا بَلْ تُنَافِي ما يُنَافِيهَا وهو الرِّقُّ إذْ الْمُرْتَدُّ لَا يَحْتَمِلُ الِاسْتِرْقَاقَ وإذا ثَبَتَ مِلْكُهُ فيه احْتَمَلَ الِانْتِقَالَ إلَى وَرَثَتِهِ بِالْمَوْتِ أو ما هو في مَعْنَى الْمَوْتِ على ما بَيَّنَّا
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الرِّدَّةَ سَبَبٌ لِزَوَالِ الْمِلْكِ من حِينِ وُجُودِهَا بِطَرِيقِ الظُّهُورِ على ما بَيَّنَّا وَلَا وُجُودَ لِلشَّيْءِ مع وُجُودِ سَبَبِ زَوَالِهِ فَكَانَ الْكَسْبُ في الرِّدَّةِ مَالًا لَا مَالِكَ له فَلَا يَحْتَمِلُ الْإِرْثَ فَيُوضَعُ في بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ كَاللُّقَطَةِ
ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِيمَا يُورَثُ من مَالِ الْمُرْتَدِّ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ حَالُ الْوَارِثِ وَهِيَ أَهْلِيَّةُ الْوِرَاثَةِ وَقْتَ الرِّدَّةِ أَمْ وَقْتَ الْمَوْتِ أَمْ من وَقْتِ الرِّدَّةِ إلَى وَقْتِ الْمَوْتِ فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تُعْتَبَرُ أَهْلِيَّةُ الْوِرَاثَةِ وَقْتَ الْمَوْتِ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُرْتَدِّ إنَّمَا يَزُولُ عِنْدَهُمَا بِالْمَوْتِ فَتُعْتَبَرُ الْأَهْلِيَّةُ في ذلك الْوَقْتِ لَا غَيْرُ
وَعَنْ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ يُعْتَبَرُ وَقْتُ الرِّدَّةِ لَا غَيْرُ حتى لو كان أَهْلًا وَقْتَ الرِّدَّةِ وَرِثَ وَإِنْ زَالَتْ أَهْلِيَّتُهُ بَعْدَ ذلك
وفي رِوَايَةٍ يُعْتَبَرُ دَوَامُ الْأَهْلِيَّةِ من وَقْتِ الرِّدَّةِ إلَى وَقْتِ الْمَوْتِ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْإِرْثَ يَثْبُتُ بِطَرِيقِ الاسناد (((الاستناد))) لَا بِطَرِيقِ الظُّهُورِ
لِأَنَّ الْمَوْتَ أَمْرٌ لَا بُدَّ منه لِلْإِرْثِ وَالْقَوْلُ بِالْإِرْثِ بِطَرِيقِ الظُّهُورِ إيجَابُ الْإِرْثِ قبل الْمَوْتِ وَلَا سَبِيلَ إلَيْهِ
فإذا وُجِدَ الْمَوْتُ يَثْبُتُ الْإِرْثُ
ثُمَّ يَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ وُجُودِ الرِّدَّةِ وَزَوَالِ الْأَهْلِيَّةِ فِيمَا بين الْوَقْتَيْنِ يُمْنَعُ من الإسناد (((الاستناد))) فَيُشْتَرَطُ دَوَامُ الْأَهْلِيَّةِ من وَقْتِ الرِّدَّةِ إلَى وَقْتِ الْمَوْتِ حتى لو كان بَعْضُ الْوَرَثَةِ مُسْلِمًا وَقْتَ الرِّدَّةِ ثُمَّ ارْتَدَّ عن الْإِسْلَامِ قبل مَوْتِ الْمُرْتَدِّ لَا يُورَثُ وَكَذَا إذَا مَاتَ قبل مَوْتِهِ أو الْمَرْأَةُ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا قبل مَوْتِهِ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الْإِرْثَ يَتْبَعُ زَوَالَ الْمِلْكِ وَالْمِلْكُ زَالَ بِالرِّدَّةِ من وَقْتِ وُجُودِهَا فَيَثْبُتُ الْإِرْثُ في ذلك الْوَقْتِ بِطَرِيقِ الظُّهُورِ
قَوْلُهُ هذا إيجَابُ الْإِرْثِ قبل الْمَوْتِ قُلْنَا هذا مَمْنُوعٌ بَلْ هذا إيجَابُ الْإِرْثِ بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّ الرِّدَّةَ في مَعْنَى الْمَوْتِ لِأَنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلَ الْمَوْتِ في زَوَالِ الْمِلْكِ على ما بَيَّنَّا فَكَانَتْ الرِّدَّةُ مَوْتًا مَعْنًى
وَكَذَا اخْتَلَفَ أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِيمَا إذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَقَضَى الْقَاضِي بِاللَّحَاقِ أنه تُعْتَبَرُ أَهْلِيَّةُ الْوِرَاثَةِ وَقْتَ الْقَضَاءِ بِاللَّحَاقِ أَمْ وَقْتَ اللَّحَاقِ فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقْتَ الْقَضَاءِ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تُعْتَبَرُ وَقْتَ اللَّحَاقِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ وَقْتَ الْإِرْثِ وَقْتُ زَوَالِ الْمِلْكِ وَمِلْكُ الْمُرْتَدِّ إنَّمَا يَزُولُ بِاللَّحَاقِ لِأَنَّ بِهِ يَعْجِزُ عن الِانْتِفَاعِ بِمَالِهِ الْمَتْرُوكِ في دَارِ الْإِسْلَامِ إلَّا أَنَّ الْعَجْزَ قبل الْقَضَاءِ غَيْرُ مُتَقَرِّرٍ لا حتمال الْعَوْدِ فإذا قضى تَقَرَّرَ الْعَجْزُ وَصَارَ الْعَوْدُ بَعْدَهُ كَالْمُمْتَنِعِ عَادَةً فَكَانَ الْعَامِلُ في زَوَالِ الْمِلْكِ هو اللَّحَاقَ فَتُعْتَبَرُ الْأَهْلِيَّةُ وَقْتَئِذٍ

وَجْهُ قَوْلِ

(7/138)

أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمِلْكَ لَا يَزُولُ إلَّا بِالْقَضَاءِ فَكَانَ الْمُؤَثِّرُ في الزَّوَالِ هو الْقَضَاءَ
وَعَلَى هذا الِاخْتِلَافِ الْمُرْتَدَّةُ إذَا لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ
وَلَوْ ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ مَعًا ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ ثُمَّ قُتِلَ الْأَبُ على رِدَّتِهِ فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ من حِينِ الرِّدَّةِ يَرِثُهُ لِأَنَّهُ عَلِمَ أَنَّ الْعُلُوقَ حَصَلَ في حَالَةِ الْإِسْلَامِ قَطْعًا وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا من حِينِ الرِّدَّةِ لم يَرِثْهُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ عَلَقَ في حَالَةِ الرِّدَّةِ فَلَا يَرِثُ مع الشَّكِّ
وَلَوْ ارْتَدَّ الزَّوْجُ دُونَ الْمَرْأَةِ أو كانت له أُمُّ وَلَدٍ مُسْلِمَةٍ وَرِثَهُ مع وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِأَنَّ الْأُمَّ مُسْلِمَةٌ فَكَانَ الْوَلَدُ على حُكْمِ الْإِسْلَامِ تَبَعًا لِأُمِّهِ فَيَرِثُ أَبَاهُ
وَلَوْ مَاتَ مُسْلِمٌ عن امْرَأَتِهِ وَهِيَ حَامِلٌ فَارْتَدَّتْ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ فَوَلَدَتْ هُنَاكَ ثُمَّ ظَهَرْنَا على الدَّارِ فإنه لَا يُسْتَرَقُّ وَيَرِثُ أَبَاهُ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا لِأَبِيهِ وَلَوْ لم تَكُنْ وَلَدَتْهُ حتى سُبِيَتْ ثُمَّ وَلَدَتْهُ في دَارِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ مُسْلِمٌ مَرْقُوقٌ مُسْلِم تَبَعًا لِأَبِيهِ مَرْقُوقٌ تَبَعًا لِأُمِّهِ وَلَا يَرِثُ أَبَاهُ لِأَنَّ الرِّقَّ من أَسْبَابِ الْحِرْمَانِ
وَلَوْ تَزَوَّجَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمَةً فَوَلَدَتْ له غُلَامًا أو وطىء أَمَةً مُسْلِمَةً فَوَلَدَتْ له فَهُوَ مُسْلِمٌ تَبَعًا لِلْأُمِّ وَيَرِثُ أَبَاهُ لِثُبُوتِ النَّسَبِ وَإِنْ كانت الْأُمُّ كَافِرَةً لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ إسْلَامُ أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا حُكْمُ الدَّيْنِ فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ دُيُونُ الْمُرْتَدِّ في كَسْبِ الْإِسْلَامِ وَالرِّدَّةِ جميعا لِأَنَّ كُلَّ ذلك عِنْدَهُمَا مِيرَاثٌ
وَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ فَقَدْ ذَكَرَ أبو يُوسُفَ عنه أَنَّهُ في كَسْبِ الرِّدَّةِ إلَّا أَنْ لَا يَفِيَ بِهِ فَيَقْضِيَ الْبَاقِيَ من كَسْبِ الْإِسْلَامِ
وَرَوَى الْحَسَنُ رَحِمَهُ اللَّهُ عنه أَنَّهُ في كَسْبِ الْإِسْلَامِ إلَّا أَنْ لَا يَفِيَ بِهِ فَيَقْضِيَ الْبَاقِيَ من كَسْبِ الرِّدَّةِ
وقال الْحَسَنُ رَحِمَهُ اللَّهُ دَيْنُ الْإِسْلَامِ في كَسْبِ الْإِسْلَامِ وَدَيْنُ الرِّدَّةِ في كَسْبِ الرِّدَّةِ وهو قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالصَّحِيحُ رِوَايَةُ الْحَسَنِ لِأَنَّ دَيْنَ الْإِنْسَانِ يُقْضَى من مَالِهِ لَا من مَالِ غَيْرِهِ
وَكَذَا دَيْنُ الْمَيِّتِ يُقْضَى من مَالِهِ لَا من مَالِ وَارِثِهِ لِأَنَّ قِيَامَ الدَّيْنِ يَمْنَعُ زَوَالَ مِلْكِهِ إلَى وَارِثِهِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ لِكَوْنِ الدَّيْنِ مُقَدَّمًا على الْإِرْثِ فَكَانَ قَضَاءُ دَيْنِ كل مَيِّتٍ من مَالِهِ لَا من مَالِ وَارِثِهِ وَمَالُهُ كَسْبُ الْإِسْلَامِ
فَأَمَّا كَسْبُ الرِّدَّةِ فَمَالُ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يُقْضَى منه الدَّيْنُ إلَّا لِضَرُورَةٍ فإذا لم يَفِ بِهِ كَسْبُ الْإِسْلَامِ مَسَّتْ الضَّرُورَةُ فيقضى الْبَاقِيَ منه
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ وَلَدِ الْمُرْتَدِّ فَوَلَدُ الْمُرْتَدِّ لَا يَخْلُو من أَنْ يَكُونَ مَوْلُودًا في الْإِسْلَامِ أو في الرِّدَّةِ فَإِنْ كان مَوْلُودًا في الْإِسْلَامِ بِأَنْ وُلِدَ لِلزَّوْجَيْنِ وَلَدٌ وَهُمَا مُسْلِمَانِ ثُمَّ ارْتَدَّا لَا يُحْكَمُ بِرِدَّتِهِ ما دَامَ في دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ لَمَّا وُلِدَ وَأَبَوَاهُ مُسْلِمَانِ فَقَدْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لِأَبَوَيْهِ فَلَا يَزُولُ بِرِدَّتِهِمَا لِتَحَوُّلِ التَّبَعِيَّةِ إلَى الدَّارِ إذْ الدَّارُ وَإِنْ كانت لَا تَصْلُحُ لِإِثْبَاتِ التَّبَعِيَّةِ ابْتِدَاءً عِنْدَ اسْتِتْبَاعِ الْأَبَوَيْنِ

تَصْلُحُ لِلْإِبْقَاءِ لِأَنَّهُ أَسْهَلُ من الِابْتِدَاءِ فما دَامَ في دَارِ الْإِسْلَامِ يَبْقَى على حُكْمِ الْإِسْلَامِ تَبَعًا لِلدَّارِ

وَلَوْ لَحِقَ الْمُرْتَدَّانِ بهذا الْوَلَدِ بِدَارِ الْحَرْبِ فَكَبِرَ الْوَلَدُ وَوُلِدَ له وَلَدٌ وَكَبِرَ ثُمَّ ظَهَرَ عليهم

أَمَّا حُكْمُ الْمُرْتَدِّ وَالْمُرْتَدَّةِ فَمَعْلُومٌ وقد ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يُسْتَرَقُّ وَيُقْتَلُ وَالْمُرْتَدَّةُ تُسْتَرَقُّ وَلَا تُقْتَلُ وَتُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ بِالْحَبْسِ وَأَمَّا حُكْمُ الْأَوْلَادِ فَوَلَدُ الْأَبِ يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ لِأَنَّهُ كان مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ أَبَوَيْهِ تَبَعًا لَهُمَا فلما بَلَغَ كَافِرًا فَقَدْ ارْتَدَّ عنه وَالْمُرْتَدُّ يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ

إلَّا أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ لِأَنَّ هذه رِدَّةٌ حُكْمِيَّةٌ لَا حَقِيقِيَّةٌ لِوُجُودِ الْإِيمَانِ حُكْمًا بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لَا حَقِيقَةً فَيُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ لَكِنْ بِالْحَبْسِ لَا بِالسَّيْفِ إثْبَاتًا لِلْحُكْمِ على قَدْرِ الْعِلَّةِ وَلَا يُجْبَرُ وَلَدُ وَلَدِهِ على الْإِسْلَامِ لِأَنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ لَا يَتْبَعُ الْجَدَّ في الْإِسْلَامِ إذْ لو كان كَذَلِكَ لَكَانَ الْكُفَّارُ كلهم مُرْتَدِّينَ لِكَوْنِهِمْ من أَوْلَادِ آدَمَ وَنُوحٍ عَلَيْهِمَا الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَيَنْبَغِي أَنْ تَجْرِيَ عليهم أَحْكَامُ أَهْلِ الرِّدَّةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ

وَإِنْ كان مَوْلُودًا في الرِّدَّةِ بِأَنْ ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ وَلَا وَلَدَ لَهُمَا ثُمَّ حَمَلَتْ الْمَرْأَةُ من زَوْجِهَا بَعْدَ رِدَّتِهَا وَهُمَا مُرْتَدَّانِ على حَالِهِمَا فَهَذَا الْوَلَدُ بِمَنْزِلَةِ أَبَوَيْهِ له حُكْمُ الرِّدَّةِ حتى لو مَاتَ لَا يُصَلَّى عليه لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يَرِثُ أَحَدًا

وَلَوْ لَحِقَا بهذا الْوَلَدِ بِدَارِ الْحَرْبِ فَبَلَغَ وَوُلِدَ له أَوْلَادٌ فَبَلَغُوا ثُمَّ ظُهِرَ على الدَّارِ وَسُبُوا جميعا يُجْبَرُ وَلَدُ الْأَبِ وَوَلَدُ وَلَدِهِ على الْإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُونَ

كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في كِتَابِ السِّيَرِ وَذَكَرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ وَلَدُ وَلَدِهِ على الْإِسْلَامِ

وَجْهُ ما ذُكِرَ في السِّيَرِ أَنَّ وَلَدَ الْأَبِ تَبَعٌ لِأَبَوَيْهِ فَكَانَ مَحْكُومًا بِرِدَّتِهِ تَبَعًا لِأَبَوَيْهِ وَوَلَدُ الْوَلَدِ تَبَعٌ له فَكَانَ مَحْكُومًا بِرِدَّتِهِ تَبَعًا له وَالْمُرْتَدُّ يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ لِأَنَّ هذه رِدَّةٌ حُكْمِيَّةٌ فَيُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ بِالْحَبْسِ لَا بِالْقَتْلِ

وَجْهُ الْمَذْكُورِ في الْجَامِعِ أَنَّ هذا الْوَلَدَ إنَّمَا صَارَ مَحْكُومًا بِرِدَّتِهِ تَبَعًا لِأَبِيهِ وَالتَّبَعُ لَا يَسْتَتْبِعُ غَيْرَهُ

وَأَمَّا حُكْمُ الِاسْتِرْقَاقِ فَذُكِرَ في السِّيَرِ أَنَّهُ يُسْتَرَقُّ الْإِنَاثُ وَالذُّكُورُ الصِّغَارُ من أَوْلَادِهِ لِأَنَّ أُمَّهُمْ مُرْتَدَّةٌ وَهِيَ تَحْتَمِلُ الِاسْتِرْقَاقَ وَالْوَلَدُ كما تَبِعَ الْأُمَّ في الرِّقِّ يَتْبَعُهَا في احْتِمَالِ الِاسْتِرْقَاقِ

وَأَمَّا الْكِبَارُ فَلَا يُسْتَرَقُّونَ لِانْقِطَاعِ التَّبَعِيَّةِ بِالْبُلُوغِ وَيُجْبَرُونَ على الْإِسْلَامِ وَذُكِرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْوِلْدَانُ فَيْءٌ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ أُمَّهُ مُرْتَدَّةٌ وَأَمَّا الْآخَرُ فَلِأَنَّهُ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ لِأَنَّ تَبَعِيَّةَ الْأَبَوَيْنِ في الرِّدَّةِ قد انْقَطَعَتْ بِالْبُلُوغِ وهو كَافِرٌ فَكَانَ كَافِرًا أَصْلِيًّا فَاحْتَمَلَ الِاسْتِرْقَاقَ

وَلَوْ ارْتَدَّتْ امْرَأَةٌ وَهِيَ حَامِلٌ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ سُبِيَتْ وَهِيَ حَامِلٌ كان وَلَدُهَا فَيْئًا لِأَنَّ السَّبْيَ لَحِقَهُ وهو في حُكْمِ جُزْءِ الْأُمِّ فَلَا يَبْطُلُ بِالِانْفِصَالِ من الْأُمِّ وَالذِّمِّيُّ الذي نَقَضَ الْعَهْدَ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بِمَنْزِلَةِ الْمُرْتَدِّ في سَائِرِ الْأَحْكَامِ من الْإِرْثِ وَالْحُكْمُ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَالْمُدَبَّرِيْنِ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ

الْمَعْنَى الذي يُوجِبُ لَحَاقَهُ اللَّحَاقُ بِالْمَوْتِ في الْأَحْكَامِ التي ذَكَرْنَا لَا يُفْصَلُ إلَّا أَنَّهُمَا يَفْتَرِقَانِ من وَجْهٍ وهو أَنَّ الذِّمِّيَّ يُسْتَرَقُّ وَالْمُرْتَدُّ لَا يُسْتَرَقُّ
وَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ شَرْعَ الِاسْتِرْقَاقِ لِلتَّوَسُّلِ إلَى الْإِسْلَامِ وَاسْتِرْقَاقُ الْمُرْتَدِّ لَا يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى الْإِسْلَامِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ رَجَعَ بَعْدَ ما ذَاقَ طَعْمَ الْإِسْلَامِ وَعَرَفَ مَحَاسِنَهُ فَلَا يُرْجَى فَلَاحُهُ بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ أَحْكَامِ الْبُغَاةِ فَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ الْبُغَاةِ وفي بَيَانِ ما يَلْزَمُ إمَامَ أَهْلِ الْعَدْلِ عِنْدَ خُرُوجِهِمْ عليه وفي بَيَانِ ما يُصْنَعُ بِهِمْ وَبِأَمْوَالِهِمْ عِنْدَ الظَّفَرِ بِهِمْ وَالِاسْتِيلَاءِ على أَمْوَالِهِمْ وفي بَيَانِ من يَجُوزُ قَتْلُهُ منهم وَمَنْ لَا يَجُوزُ وفي بَيَانِ حُكْمِ إصَابَةِ الدِّمَاءِ وَالْأَمْوَالِ من الطَّائِفَتَيْنِ وفي بَيَانِ ما يُصْنَعُ بِقَتْلَى الطَّائِفَتَيْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ قَضَايَاهُمْ
أَمَّا تَفْسِيرُ الْبُغَاةِ فَالْبُغَاةُ هُمْ الْخَوَارِجُ وَهُمْ قَوْمٌ من رَأْيِهِمْ أَنَّ كُلَّ ذَنْبٍ كُفْرٌ كَبِيرَةً كانت أو صَغِيرَةً يَخْرُجُونَ على إمَامِ أَهْلِ الْعَدْلِ وَيَسْتَحِلُّونَ الْقِتَالَ وَالدِّمَاءَ وَالْأَمْوَالَ بهذا التَّأْوِيلِ وَلَهُمْ مَنَعَةٌ وَقُوَّةٌ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَلْزَمُ إمَامَ الْعَدْلِ عِنْدَ خُرُوجِهِمْ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إنْ عَلِمَ الْإِمَامُ أَنَّ الْخَوَارِجَ يُشْهِرُونَ السِّلَاحَ وَيَتَأَهَّبُونَ لِلْقِتَالِ فَيَنْبَغِي له أَنْ يَأْخُذَهُمْ وَيَحْبِسَهُمْ حتى يُقْلِعُوا عن ذلك وَيُحْدِثُوا تَوْبَةً لِأَنَّهُ لو تَرَكَهُمْ لَسَعَوْا في الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ فَيَأْخُذُهُمْ على أَيْدِيهِمْ وَلَا يَبْدَؤُهُمْ الْإِمَامُ بِالْقِتَالِ حتى يبدؤوه
(((يبدءوه))) لِأَنَّ قِتَالَهُمْ لِدَفْعِ شَرِّهِمْ لَا لِشَرِّ شِرْكِهِمْ لِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ فما لم يَتَوَجَّهُ الشَّرُّ منهم لَا يُقَاتِلُهُمْ وَإِنْ لم يَعْلَمْ الْإِمَامُ بِذَلِكَ حتى تَعَسْكَرُوا وَتَأَهَّبُوا لِلْقِتَالِ فَيَنْبَغِي له أَنْ يَدْعُوَهُمْ إلَى الْعَدْلِ وَالرُّجُوعِ إلَى رَأْيِ الْجَمَاعَةِ أَوَّلًا لِرَجَاءِ الْإِجَابَةِ وَقَبُولِ الدَّعْوَةِ كما في حَقِّ أَهْلِ الْحَرْبِ
وَكَذَا رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عنه لَمَّا خَرَجَ عليه أَهْلُ حر وراء نَدَبَ إلَيْهِمْ عَبْدَ اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما لِيَدْعُوَهُمْ إلَى الْعَدْلِ فَدَعَاهُمْ وناظرهم فَإِنْ أَجَابُوا كَفَّ عَنْهُمْ وَإِنْ أَبَوْا قَاتَلَهُمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنْ بَغَتْ إحْدَاهُمَا على الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا التي تَبْغِي حتى تَفِيءَ إلَى أَمْرِ اللَّهِ }
وَكَذَا قَاتَلَ سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه أَهْلَ حَرُورَاءَ بِالنَّهْرَوَانِ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ تَصْدِيقًا لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِسَيِّدِنَا عَلِيٍّ إنَّكَ تُقَاتِلُ على التَّأْوِيلِ كما تُقَاتِلُ على التَّنْزِيلِ وَالْقِتَالُ على التَّأْوِيلِ هو الْقِتَالُ مع الْخَوَارِجِ
وَدَلَّ الْحَدِيثُ على إمَامَةِ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه لِأَنَّ النبي صلى الله عليه وسلم شَبَّهَ قِتَالَ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه على التَّأْوِيلِ بِقِتَالِهِ على التَّنْزِيلِ وكان رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم في قِتَالِهِ بِالتَّنْزِيلِ فَلَزِمَ أَنْ يَكُونَ سَيِّدُنَا عَلِيٌّ مُحِقًّا في قِتَالِهِ بِالتَّأْوِيلِ فَلَوْ لم يَكُنْ إمَامَ حَقٍّ لَمَا كان مُحِقًّا في قِتَالِهِ إيَّاهُمْ وَلِأَنَّهُمْ سَاعُونَ في الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ فَيُقْتَلُونَ دَفْعًا لِلْفَسَادِ على وَجْهِ الْأَرْضِ
وَإِنْ قَاتَلَهُمْ قبل الدَّعْوَةِ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ قد بَلَغَتْهُمْ لِكَوْنِهِمْ في دَارِ الْإِسْلَامِ وَمِنْ الْمُسْلِمِينَ أَيْضًا
وَيَجِبُ على كل من دَعَاهُ الْإِمَامُ إلَى قِتَالِهِمْ أَنْ يُجِيبَهُ إلَى ذلك وَلَا يَسَعُهُ التَّخَلُّفُ إذَا كان عِنْدَهُ غنا (((غنى))) وَقُدْرَةٌ لِأَنَّ طَاعَةَ الْإِمَامِ فِيمَا ليس بِمَعْصِيَةٍ فَرْضٌ فَكَيْفَ فِيمَا هو طَاعَةٌ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ
وما رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ إذَا وَقَعَتْ الْفِتْنَةُ بين الْمُسْلِمِينَ فَيَنْبَغِي لِلرَّجُلِ أَنْ يَعْتَزِلَ الْفِتْنَةَ وَيَلْزَمَ بَيْتَهُ مَحْمُولٌ على وَقْتٍ خَاصٍّ وهو أَنْ لَا يَكُونَ إمَامٌ يدعو (((يدعوه))) إلَى الْقِتَالِ

وَأَمَّا إذَا كان فَدَعَاهُ يُفْتَرَضُ عليه الْإِجَابَةُ لِمَا ذَكَرْنَا
وَأَمَّا بَيَانُ ما يُصْنَعُ بِهِمْ وَبِأَمْوَالِهِمْ عِنْدَ الظَّفَرِ بِهِمْ وَالِاسْتِيلَاءِ على أَمْوَالِهِمْ فَنَقُولُ الْإِمَامُ إذَا قَاتَلَ أَهْلَ الْبَغْيِ فَهَزَمَهُمْ وَوَلَّوْا مُدْبِرِينَ فَإِنْ كانت لهم فِئَةٌ يَنْحَازُونَ إلَيْهَا فَيَنْبَغِي لِأَهْلِ الْعَدْلِ أَنْ يَقْتُلُوا مُدْبِرَهُمْ وَيُجْهِزُوا على

جَرِيحِهِمْ لِئَلَّا يَتَحَيَّزُوا إلَى الْفِئَةِ فَيَمْتَنِعُوا فيها (((بها))) فَيَكُرُّوا على أَهْلِ الْعَدْلِ
وَأَمَّا أَسِيرُهُمْ فَإِنْ شَاءَ الْإِمَامُ قَتَلَهُ اسْتِئْصَالًا لِشَأْفَتِهِمْ وَإِنْ شَاءَ حَبَسَهُ لِانْدِفَاعِ شَرِّهِ بِالْأَسْرِ وَالْحَبْسِ وَإِنْ لم يَكُنْ لهم فِئَةٌ يَتَحَيَّزُونَ إلَيْهَا لم يَتْبَعْ مُدْبِرَهُمْ ولم يُجْهِزْ على جَرِيحِهِمْ ولم يَقْتُلْ أَسِيرَهُمْ لِوُقُوعِ الْأَمْنِ عن شَرِّهِمْ عِنْدَ انْعِدَامِ الْفِئَةِ
وَأَمَّا أَمْوَالُهُمْ التي ظَهَرَ أَهْلُ الْعَدْلِ عليها فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَسْتَعِينُوا بِكُرَاعِهِمْ وَسِلَاحِهِمْ على قِتَالِهِمْ كَسْرًا لِشَوْكَتِهِمْ فإذا اسْتَغْنَوْا عنها أَمْسَكَهَا الْإِمَامُ لهم لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ لَا تَحْتَمِلُ التَّمَلُّكَ بِالِاسْتِيلَاءِ لِكَوْنِهِمْ مُسْلِمِينَ وَلَكِنْ يَحْبِسُهَا عَنْهُمْ إلَى أَنْ يَزُولَ بَغْيُهُمْ فإذا زَالَ رَدَّهَا عليهم
وَكَذَا ما سِوَى الْكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ من الْأَمْتِعَةِ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ وَلَكِنْ يُمْسَكُ وَيُحْبَسُ عَنْهُمْ إلَى أَنْ يَزُولَ بَغْيُهُمْ فَيُدْفَعَ إلَيْهِمْ لِمَا قُلْنَا
وَيُقَاتَلُ أَهْلُ الْبَغْيِ بِالْمَنْجَنِيقِ وَالْحَرْقِ وَالْغَرَقِ وَغَيْرِ ذلك مِمَّا يُقَاتَلُ بِهِ أَهْلُ الْحَرْبِ لِأَنَّ قِتَالَهُمْ لِدَفْعِ شَرِّهِمْ وَكَسْرِ شَوْكَتِهِمْ فَيُقَاتَلُونَ بِكُلِّ ما يَحْصُلُ بِهِ ذلك وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُوَادِعَهُمْ لِيَنْظُرُوا في أُمُورِهِمْ وَلَكِنْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذُوا على ذلك مَالًا لِمَا ذَكَرْنَا من قَبْلُ
وَأَمَّا بَيَانُ من يَجُوزُ قَتْلُهُ منهم وَمَنْ لَا يَجُوزُ فَكُلُّ من لَا يَجُوزُ قَتْلُهُ من أَهْلِ الْحَرْبِ من الصِّبْيَانِ وَالنِّسْوَانِ وَالْأَشْيَاخِ وَالْعُمْيَانِ لَا يَجُوزُ قَتْلُهُ من أَهْلِ الْبَغْيِ لِأَنَّ قَتْلَهُمْ لِدَفْعِ شَرِّ قِتَالِهِمْ فَيَخْتَصُّ بِأَهْلِ الْقِتَالِ وَهَؤُلَاءِ لَيْسُوا من أَهْلِ الْقِتَالِ فَلَا يُقْتَلُونَ إلَّا إذَا قَاتَلُوا فَيُبَاحُ قَتْلُهُمْ في حَالِ الْقِتَالِ وَبَعْدَ الْفَرَاغِ من الْقِتَالِ إلَّا الصِّبْيَانَ وَالْمَجَانِينَ على ما ذَكَرْنَا في حُكْمِ أَهْلِ الْحَرْبِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمَأْسُورُ من أَهْلِ الْبَغْيِ فَإِنْ كان قَاتَلَ مع مَوْلَاهُ يَجُوزُ قَتْلُهُ وَإِنْ كان يَخْدُمُ مَوْلَاهُ لَا يَجُوزُ قَتْلُهُ وَلَكِنْ يُحْبَسُ حتى يَزُولَ بَغْيُهُمْ فَيُرَدُّ عليهم
وَأَمَّا الْكُرَاعُ فَلَا يُمْسَكُ وَلَكِنَّهُ يُبَاعُ وَيُحْبَسُ ثَمَنُهُ لِمَالِكِهِ لِأَنَّ ذلك أَنْفَعُ له وَلَا يَجُوزُ لِلْعَادِلِ أَنْ يبتدىء بِقَتْلِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه من أَهْلِ الْبَغْيِ مُبَاشَرَةً وإذا أَرَادَ هو قَتْلَهُ له أَنْ يَدْفَعَهُ وَإِنْ كان لَا يَنْدَفِعُ إلَّا بِالْقَتْلِ فَيَجُوزُ له أَنْ يَتَسَبَّبَ لِيَقْتُلَهُ غَيْرُهُ بِأَنْ يَعْقِرَ دَابَّتَهُ لِيَتَرَجَّلَ فَيَقْتُلَهُ غَيْرُهُ بِخِلَافِ أَهْلِ الْحَرْبِ فإنه يَجُوزُ قَتْلُ سَائِرِ ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ منه مُبَاشَرَةً وَتَسَبُّبًا ابْتِدَاءً إلَّا الْوَالِدَيْنِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الشِّرْكَ في الْأَصْلِ مُبِيحٌ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ } إلَّا أَنَّهُ خُصَّ منه الْأَبَوَانِ بِنَصٍّ خَاصٍّ حَيْثُ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَصَاحِبْهُمَا في الدُّنْيَا مَعْرُوفًا } فَبَقِيَ غَيْرُهُمَا على عُمُومِ النَّصِّ بِخِلَافِ أَهْلِ الْبَغْيِ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ في الْأَصْلِ عَاصِمٌ لِقَوْلِهِ عليه السلام

(((وسلم))) فإذا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَالْبَاغِي مُسْلِمٌ إلَّا أَنَّهُ أُبِيحَ قَتْلُ غَيْرِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ من أَهْلِ الْبَغْيِ دَفْعًا لِشَرِّهِمْ لَا لِشَوْكَتِهِمْ وَدَفْعُ الشَّرِّ يَحْصُلُ بِالدَّفْعِ وَالتَّسْبِيبِ لِيَقْتُلَهُ غَيْرُهُ فَبَقِيَتْ الْعِصْمَةُ عَمَّا وَرَاءَ ذلك بِالدَّلِيلِ الْعَاصِمِ

وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ إصَابَةِ الدِّمَاءِ وَالْأَمْوَالِ من الطَّائِفَتَيْنِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّ الْعَادِلَ إذَا أَصَابَ من أَهْلِ الْبَغْيِ من دَمٍ أو جِرَاحَةٍ أو مَالٍ اسْتَهْلَكَهُ أنه لَا ضَمَانَ عليه

وَأَمَّا الْبَاغِي إذَا أَصَابَ شيئا من ذلك من أَهْلِ الْعَدْلِ فَقَدْ اخْتَلَفُوا فيه

قال أَصْحَابُنَا إنَّ ذلك مَوْضُوعٌ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنَّهُ مَضْمُونٌ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْبَاغِيَ جَانٍ فَيَسْتَوِي في حَقِّهِ وُجُودُ الْمَنَعَةِ وَعَدَمُهَا لِأَنَّ الْجَانِيَ يَسْتَحِقُّ التَّغْلِيظَ دُونَ التَّخْفِيفِ

وَلَنَا ما رُوِيَ عن الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قال وَقَعَتْ الْفِتْنَةُ وَأَصْحَابُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم مُتَوَافِرُونَ فَاتَّفَقُوا أَنَّ كُلَّ دَمٍ اُسْتُحِلَّ بِتَأْوِيلِ الْقُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ وَكُلَّ مَالٍ اُسْتُحِلَّ بِتَأْوِيلِ الْقُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ وَكُلَّ فَرْجٍ اُسْتُحِلَّ بِتَأْوِيلِ الْقُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ وَمِثْلُهُ لَا يَكْذِبُ فَانْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على ما قُلْنَا وَإِنَّهُ حُجَّةٌ قَاطِعَةٌ

وَالْمَعْنَى في الْمَسْأَلَةِ ما نَبَّهَ عليه الصَّحَابَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وهو أَنَّ لهم في الِاسْتِحْلَالِ تَأْوِيلًا في الْجُمْلَةِ وَإِنْ كان فَاسِدًا لَكِنَّ لهم مَنَعَةً وَالتَّأْوِيلُ الْفَاسِدُ عِنْدَ قِيَامِ الْمَنَعَةِ يَكْفِي لِرَفْعِ الضَّمَانِ كَتَأْوِيلِ أَهْلِ الْحَرْبِ وَلِأَنَّ الْوِلَايَةَ من الْجَانِبَيْنِ مُنْقَطِعَةٌ لِوُجُودِ الْمَنَعَةِ فلم يَكُنْ الْوُجُوبُ مُفِيدًا لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ فلم يَجِبْ وَلَوْ فَعَلُوا شيئا من ذلك قبل الْخُرُوجِ وَظُهُورِ الْمَنَعَةِ أو بَعْدَ الِانْهِزَامِ وَتَفَرُّقِ الْجَمْعِ يُؤْخَذُونَ بِهِ لِأَنَّ الْمَنَعَةَ إذَا انْعَدَمَتْ الْوِلَايَةُ وَبَقِيَ مُجَرَّدُ تَأْوِيلٍ فَاسِدٍ فَلَا يُعْتَبَرُ في دَفْعِ الضَّمَانِ

وَلَوْ قَتَلَ تَاجِرٌ من أَهْلِ الْعَدْلِ تَاجِرًا آخَرَ من أَهْلِ الْعَدْلِ في عَسْكَرِ أَهْلِ الْبَغْيِ أو قَتَلَ الْأَسِيرُ من أَهْلِ الْعَدْلِ أَسِيرًا آخَرَ

أو قَطَعَ ثُمَّ ظَهَرَ عليه فَلَا قِصَاصَ عليه لِأَنَّ الْفِعْلَ لم يَقَعْ مُوجِبًا لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ وَانْعِدَامِ الْوِلَايَةِ كما لو قَطَعَ في دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ عَسْكَرَ أَهْلِ الْبَغْيِ في حَقِّ انْقِطَاعِ الْوِلَايَةِ

وَدَارِ الْحَرْبِ سَوَاءٌ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

ثُمَّ لَا خِلَافَ في أَنَّ الْعَادِلَ إذَا قَتَلَ بَاغِيًا لَا يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ قَتْلُ نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقٍّ لِسُقُوطِ عِصْمَةِ نَفْسِهِ

وَأَمَّا الْبَاغِي إذَا قَتَلَ الْعَادِلَ يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ إنْ قال قَتَلْتُهُ وَكُنْتُ على حَقٍّ وأنا الْآنَ على حَقٍّ لَا يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ وَإِنْ قال قَتَلْتُهُ وأنا أَعْلَمُ أَنِّي على بَاطِلٍ يُحْرَمُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ تَأْوِيلَهُ فَاسِدٌ إلَّا أَنَّهُ أُلْحِقَ بِالصَّحِيحِ عِنْدَ وُجُودِ الْمَنَعَةِ في حَقِّ الدَّفْعِ لَا في حَقِّ الِاسْتِحْقَاقِ فَلَا يُعْتَبَرُ في حَقِّ اسْتِحْقَاقِ الْمِيرَاثِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّا نَعْتَبِرُ تَأْوِيلَهُ في حَقِّ الدَّفْعِ وَالِاسْتِحْقَاقِ لِأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ

الْمِيرَاثِ هو الْقَرَابَةُ وإنها مَوْجُودَةٌ
إلَّا أَنَّ قَتْلَ نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقٍّ سَبَّبَ الْحِرْمَانَ فإذا قَتَلَهُ على تَأْوِيلِ الِاسْتِحْلَالِ وَالْمَنَعَةُ مَوْجُودَةٌ اعْتَبَرْنَاهُ في حَقِّ الدَّفْعِ
وهو دَفْعُ الْحِرْمَانِ فَأَشْبَهَ الضَّمَانَ إلَّا أَنَّهُ إذَا قال قَتَلْتُهُ وأنا أَعْلَمُ إني على بَاطِلٍ يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ لِأَنَّ التَّأْوِيلَ الْفَاسِدَ إنَّمَا يَلْحَقُ بِالصَّحِيحِ إذَا كان مُصِرًّا عليه فإذا لم يُصِرَّ فَلَا تَأْوِيلَ له فَلَا يَنْدَفِعُ عنه الضَّمَانُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يُصْنَعُ بِقَتْلَى الطَّائِفَتَيْنِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ تَعَالَى التَّوْفِيقُ أَمَّا قَتْلَى أَهْلِ الْعَدْلِ فَيُصْنَعُ بِهِمْ ما يُصْنَعُ بِسَائِرِ الشُّهَدَاءِ لَا يُغَسَّلُونَ وَيُدْفَنُونَ في ثِيَابِهِمْ وَلَا يُنْزَعُ عَنْهُمْ إلَّا ما لَا يَصْلُحُ كَفَنًا وَيُصَلَّى عليهم لِأَنَّهُمْ شُهَدَاءُ لِكَوْنِهِمْ مَقْتُولِينَ ظُلْمًا
وقد رُوِيَ أَنَّ زَيْدَ بن صرحان (((صوحان))) الْيَمَنِيَّ كان يوم الْجَمَلِ تَحْتَ رَايَةِ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنهما فَأَوْصَى في رَمَقِهِ لَا تنزعواعني ثَوْبًا وَلَا تَغْسِلُوا عَنِّي دَمًا وَارْمُسُونِي في التراث (((التراب))) رَمْسًا فَإِنِّي رَجُلٌ مُحَاجٌّ أُحَاجُّ يوم الْقِيَامَةِ
وَأَمَّا قَتْلَى أَهْلِ البغى فَلَا يصلي عليهم لِأَنَّهُ رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عنه ما صلى على أَهْلِ حَرُورَاءَ وَلَكِنَّهُمْ يُغَسَّلُونَ وَيُكَفَّنُونَ وَيُدْفَنُونَ لِأَنَّ ذلك من سُنَّةِ مَوْتَى بَنِي سَيِّدِنَا آدَمَ عليه السلام وَيُكْرَهُ أَنْ تُؤْخَذَ رؤوسهم وَتُبْعَثَ إلَى الْآفَاقِ
وَكَذَلِكَ رؤوس أَهْلِ الْحَرْبِ لِأَنَّ ذلك من بَابِ الْمُثْلَةِ وأنه مَنْهِيٌّ لِقَوْلِهِ صلى الله عليه وسلم لَا تُمَثِّلُوا فَيُكْرَهُ إلَّا إذَا كان في ذلك وَهَنٌ لهم فَلَا بَأْسَ بِهِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه جَزَّ رَأْسَ أبي جَهْلٍ عليه اللَّعْنَةُ يوم بَدْرٍ وَجَاءَ بِهِ إلَى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فقال رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم إنَّ أَبَا جَهْلٍ كان فِرْعَوْنَ هذه الْأُمَّةِ ولم يُنْكِرْ عليه
وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ من أَهْلِ الْبَغْيِ وفي عَسَاكِرِهِمْ لِأَنَّهُ إعَانَةٌ لهم على الْمَعْصِيَةِ وَلَا يُكْرَهُ بَيْعُ ما يُتَّخَذُ منه السِّلَاحُ كَالْحَدِيدِ وَنَحْوِهِ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ سِلَاحًا إلَّا بِالْعَمَلِ
وَنَظِيرُهُ أَنَّهُ يُكْرَهُ بَيْعُ الْمَزَامِيرِ وَلَا يُكْرَهُ بَيْعُ ما يُتَّخَذُ منه الْمِزْمَارُ وهو الْخَشَبُ وَالْقَصَبُ
وَكَذَا بَيْعُ الْخَمْرِ بَاطِلٌ وَلَا يَبْطُلُ بَيْعُ ما يُتَّخَذُ منه وهو الْعِنَبُ
كَذَا هذا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ قَضَايَاهُمْ فَنَقُولُ الْخَوَارِجُ إذَا وَلَّوْا قَاضِيًا فَالْأَمْرُ لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن وَلَّوْا رَجُلًا من أَهْلِ الْبَغْيِ وَإِمَّا إن وَلَّوْا رَجُلًا من أَهْلِ الْعَدْلِ فَإِنْ وَلَّوْا رَجُلًا من أَهْلِ الْبَغْيِ فَقَضَى بِقَضَايَا ثُمَّ رُفِعَتْ قَضَايَاهُ إلَى قَاضِي أَهْلِ الْعَدْلِ لَا يُنْفِذُهَا لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ كَوْنَهَا حَقًّا لِأَنَّهُمْ يَسْتَحِلُّونَ دِمَاءَنَا وَأَمْوَالَنَا فَاحْتَمَلَ إنه قَضَى بِمَا هو بَاطِلٌ على رَأْيِ الْجَمَاعَةِ فَلَا يَجُوزُ له تَنْفِيذُهُ مع الِاحْتِمَالِ
وَلَوْ كَتَبَ قَاضِي أَهْلِ الْبَغْيِ إلَى قَاضِي أَهْلِ الْعَدْلِ بِكِتَابٍ فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ قَضَى بِشَهَادَةِ أَهْلِ الْعَدْلِ أَنْفَذَهُ لِأَنَّهُ تنفيذا (((تنفيذ))) لِحَقٍّ ظَاهِرا وَإِنْ كان لَا يَعْلَمُ لَا يُنْفِذُهُ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ كَوْنَهُ حَقًّا فَلَا يَجُوزُ تَنْفِيذُهُ لِقَوْلِهِ تعالى (((تبارك))) { وَلَا تَقْفُ ما ليس لك بِهِ عِلْمٌ }
وَإِنْ وَلَّوْا رَجُلًا من أَهْلِ الْعَدْلِ فَقَضَى فِيمَا بَيْنَهُمْ بِقَضَايَا ثُمَّ رُفِعَتْ قَضَايَاهُ إلَى قَاضِي أَهْلِ الْعَدْلِ نَفَّذَهَا لِأَنَّ التَّوْلِيَةَ إيَّاهُ قد صَحَّتْ وَلِأَنَّهُ يَقْدِرُ على تَنْفِيذِ الْقَضَايَا بِمَنَعَتِهِمْ وَقُوَّتِهِمْ فَصَحَّتْ التَّوْلِيَةُ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ قَضَى على رَأْيِ أَهْلِ

الْعَدْلِ فَلَا يَمْلِكُ إبْطَالَهُ كما إذَا رُفِعَتْ قَضَايَا قَاضِي أَهْلِ الْعَدْلِ إلَى بَعْضِ قُضَاةِ أَهْلِ الْعَدْلِ
وما أَخَذُوا من الْبِلَادِ التي ظَهَرُوا عليها من الْخَرَاجِ وَالزَّكَاةِ التي وِلَايَةُ أَخْذِهَا لِلْإِمَامِ لَا يَأْخُذُهُ الْإِمَامُ ثَانِيًا لِأَنَّ حَقَّ الْأَخْذِ لِلْإِمَامِ لِمَكَانِ حِمَايَتِهِ ولم تُوجَدْ إلَّا أَنَّهُمْ يُفْتُونَ بِأَنْ يُعِيدُوا الزَّكَاةَ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُمْ لَا يَصْرِفُونَهَا إلَى مَصَارِفِهَا فَأَمَّا الْخَرَاجُ فَمَصْرِفُهُ الْمُقَاتِلَةُ
وَهُمْ يُقَاتِلُونَ أَهْلَ الْحَرْبِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ الْغَصْبِ جَمَعَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في كِتَابِ الْغَصْبِ بين مَسَائِلِ الْغَصْبِ وَبَيْنَ مَسَائِلِ الْإِتْلَافِ وَبَدَأَ بِمَسَائِلِ الْغَصْبِ فَنَبْدَأُ بِمَا بَدَأَ بِهِ

(7/142)

فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ مَعْرِفَةُ مَسَائِلِ الْغَصْبِ في الْأَصْلِ مَبْنِيَّةٌ على مَعْرِفَةِ حَدِّ الْغَصْبِ وَعَلَى مَعْرِفَةِ حُكْمِ اخْتِلَافِ الْغَاصِبِ وَالْمَغْصُوبِ منه
أَمَّا حَدُّ الْغَصْبِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فيه قال أبو حَنِيفَةَ وأبو يُوسُفَ رضي اللَّهُ عنهما هو إزَالَةُ يَدِ الْمَالِكِ عن مَالِهِ الْمُتَقَوِّمِ على سَبِيلِ الْمُجَاهَرَةِ وَالْمُغَالَبَةِ بِفِعْلٍ في الْمَالِ وقال مُحَمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ الْفِعْلُ في الْمَالِ ليس بِشَرْطٍ لِكَوْنِهِ غَصْبًا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هو إثْبَاتُ الْيَدِ على مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَالْإِزَالَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ
أَمَّا الْكَلَامُ مع الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَهُوَ احْتَجَّ لِتَمْهِيدِ أَصْلِهِ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وكان وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا } جَعَلَ الْغَصْبَ مَصْدَرَ الْأَخْذِ فَدَلَّ أَنَّ الْغَصْبَ وَالْأَخْذَ وَاحِدٌ وَالْأَخْذُ إثْبَاتُ الْيَدِ
إلَّا أَنَّ الْإِثْبَاتَ إذَا كان بِإِذْنِ الْمَالِكِ يُسَمَّى إيدَاعًا وَإِعَارَةً وَإِبْضَاعًا في عُرْفِ الشَّرْعِ وإذا كان بِغَيْرِ إذْنِ الْمَالِكِ يُسَمَّى في مُتَعَارَفِ الشَّرْعِ غَصْبًا وَلِأَنَّ الْغَصْبَ إنَّمَا جُعِلَ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ بِوَصْفِ كَوْنِهِ تَعَدِّيًا فإذا وَقَعَ الْإِثْبَاتُ بِغَيْرِ إذْنِ الْمَالِكِ وَقَعَ تَعَدِّيًا فَيَكُونُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ بِوَصْفِ كَوْنِهِ تَعَدِّيًا وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ غَاصِبَ الْغَاصِبِ ضَامِنٌ وَإِنْ لم يُوجَدْ منه إزَالَةُ يَدِ الْمَالِكِ لِزَوَالِهَا بِغَصْبِ الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ وَإِزَالَةُ الزَّائِلِ مُحَالٌ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَنَا الِاسْتِدْلَال بِضَمَانِ الْغَصْبِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمَالِكَ اسْتَحَقَّ إزَالَةَ يَدِ الْغَاصِبِ عن الضَّمَانِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ الْغَصْبُ منه إزَالَةَ يَدِ الْمَالِكِ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لم يُشَرِّعْ الِاعْتِدَاءَ إلَّا بِالْمِثْلِ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُمْ }
وَالثَّانِي أَنَّ ضَمَانَ الْغَصْبِ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ ضَمَانَ زَجْرٍ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ ضَمَانَ جَبْرٍ وَلَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ يَجِبُ على من ليس من أَهْلِ الزَّجْرِ وَلِأَنَّ الِانْزِجَارَ لَا يَحْصُلُ بِهِ فَدَلَّ أَنَّهُ ضَمَانُ جَبْرٍ وَالْجَبْرُ يَسْتَدْعِي الْفَوَاتَ فَدَلَّ أَنَّهُ لَا بُدّ من التَّفْوِيتِ لِتَحَقُّقِ الْغَصْبِ وَلَا حُجَّةَ له في الْآيَةِ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى فَسَّرَ أَخْذَ الْمَلِكِ تِلْكَ السَّفِينَةَ بِغَصْبِهِ إيَّاهَا كَأَنَّهُ قال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وكان وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَغْصِبُ كُلَّ سَفِينَةٍ
وَهَذَا لَا يَدُلُّ على أَنَّ كُلَّ أَخْذٍ غَصْبٌ بَلْ هِيَ حُجَّةٌ عليه لِأَنَّ غَصْبَ ذلك الْمَلِكِ

كان إثْبَاتَ الْيَدِ على السَّفِينَةِ مع إزَالَةِ أَيْدِي الْمَسَاكِينِ عنها فَدَلَّ على أَنَّ الْغَصْبَ إثْبَاتٌ على وَجْهٍ يَتَضَمَّنُ الْإِزَالَةَ

وَأَمَّا قَوْلُهُ الْغَصْبُ إنَّمَا أَوْجَبَ الضَّمَانَ لِكَوْنِهِ تَعَدِّيًا فَمُسَلَّمٌ لَكِنَّ التَّعَدِّيَ في الْإِزَالَةِ لَا في الْإِثْبَاتِ لِأَنَّ وُقُوعَهُ تَعَدِّيًا بِوُقُوعِهِ ضَارًّا بِالْمَالِكِ وَذَلِكَ بِإِخْرَاجِهِ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ في حَقِّ الْمَالِكِ وَإِعْجَازِهِ عن الِانْتِفَاعِ بِهِ وهو تَفْسِيرُ تَفْوِيتِ الْيَدِ وَإِزَالَتِهَا

فَأَمَّا مُجَرَّدُ الْإِثْبَاتِ فَلَا ضَرَرَ فيه فلم يَكُنْ الْإِثْبَاتُ تَعَدِّيًا

وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يَخْرُجُ زَوَائِدُ الْغَصْبِ أنها لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ سَوَاءٌ كانت مُنْفَصِلَةً كَالْوَلَدِ وَاللَّبَنِ وَالثَّمَرَةِ أو مُتَّصِلَةً كَالسِّمَنِ وَالْجَمَالِ لِأَنَّهَا لم تَكُنْ في يَدِ الْمَالِكِ وَقْتَ غَصْبِ الْأُمِّ فلم تُوجَدْ إزَالَةُ يَدِهِ عنها فلم يُوجَدْ الْغَصْبُ وَعِنْد مُحَمَّدٍ مَضْمُونَةٌ لِأَنَّ الْغَصْبَ عِنْدَهُ إثْبَاتُ الْيَدِ على مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِ مَالِكِهِ وقد وُجِدَ الْغَصْبُ وَهَلْ تَصِيرُ مَضْمُونَةً عِنْدَنَا بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ وَالْمَنْعِ أو الِاسْتِهْلَاكِ أو الِاسْتِخْدَامِ جَبْرًا

أَمَّا الْمُنْفَصِلَةُ فَلَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في أنها تَصِيرُ مَضْمُونَةً بها

وَأَمَّا الْمُتَّصِلَةُ فذكر في الْأَصْلِ أنها تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ ولم يذكر الْخِلَافَ

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ إذَا غَصَبَ جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفُ دِرْهَمٍ فازدادت (((فازدادت))) في بَدَنِهَا خَيْرًا حتى صَارَتْ قِيمَتَهَا أَلْفَيْ دِرْهَمٍ فَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا إلَى الْمُشْتَرِي فَهَلَكَتْ في يَدِهِ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِي قِيمَتَهَا أَلْفَيْ دِرْهَم وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْبَائِعَ فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْمُشْتَرِي ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا يوم الْقَبْضِ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْبَائِعِ ضَمَّنَهُ بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ قِيمَتَهَا أَلْفَيْ دِرْهَمٍ أَيْضًا

كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ ولم يذكر الْخِلَافَ

وَحَكَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ الْخِلَافَ أَنْ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِي قِيمَتَهَا يوم الْقَبْضِ أَلْفَيْ دِرْهَم وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ قِيمَتَهَا يوم الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَلَيْسَ له أَنْ يُضَمِّنَهُ زِيَادَةً بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ

وَكَذَا ذَكَرَهُ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ في الْمُنْتَقَى وَحَكَى الْخِلَافَ

وَهَكَذَا ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ في مُخْتَصَرِهِ إلَّا أَنَّهُ ذَكَرَ الِاسْتِهْلَاكَ مُطْلَقًا فقال إلَّا أَنْ يَسْتَهْلِكَهَا وَفَسَّرَهُ الْجَصَّاصُ في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ فقال إلَّا أَنْ يَكُونَ عَبْدًا أو جَارِيَةً فَيُقْتَلُ وَهَذَا هو الصَّحِيحُ إن الْمَغْصُوبَ إذَا كان عَبْدًا أو جَارِيَةً فَقَتَلَهُ الْغَاصِبُ خَطَأً يَكُونُ الْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ قِيمَتَهُ يوم الْغَصْبِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ عَاقِلَةَ الْقَاتِلِ قِيمَتَهُ وَقْتَ الْقَتْلِ زَائِدَةً في ثَلَاثِ سِنِينَ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْبَيْعَ وَالتَّسْلِيمَ غَصْبٌ لِأَنَّهُ تَفْوِيتُ إمْكَانِ الْأَخْذِ لِأَنَّ الْمَالِكَ

كان مُتَمَكِّنًا من أَخْذِهِ منه قبل الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ وَبَعْدَ الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيم لم يَبْقَ مُتَمَكِّنًا وَتَفْوِيتُ إمْكَانِ الْأَخْذِ تَفْوِيتُ الْيَدِ مَعْنًى فَكَانَ غَصْبًا مُوجِبًا لِلضَّمَانِ

وَهَذَا لِأَنَّ تَفْوِيتَ يَدِ الْمَالِكِ إنَّمَا كان غَصْبًا مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لِكَوْنِهِ إخْرَاجَ الْمَالِ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ في حَقِّ الْمَالِك وَإِعْجَازُهُ عن الِانْتِفَاعِ بِمَالِهِ وَهَذَا يَحْصُلُ بِتَفْوِيتِ إمْكَانِ الْأَخْذِ فَيُوجِبُ الضَّمَانَ
وَلِهَذَا يَجِبُ الضَّمَانُ على غَاصِبِ الْغَاصِبِ وَمُودِعِ الْغَاصِبِ وَالْمُشْتَرِي من الْغَاصِبِ
كَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الْأَصْلَ مَضْمُونٌ بِالْغَصْبِ الْأَوَّلِ فَلَا يَقَعُ الْبَيْعُ وَالتَّسْلِيمُ غَصْبًا له لِأَنَّ غَصْبَ الْمَغْصُوبِ لَا يُتَصَوَّرُ وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ لَا يُتَصَوَّرُ إفْرَادُهَا بِالْغَصْبِ لِتَصِيرَ مَغْصُوبَةً بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ فَإِنْ إفْرَادَهَا بِالْغَصْبِ بِدُونِ الْأَصْلِ مُتَصَوَّرٌ فلم تَكُنْ مَغْصُوبَةً بِالْغَصْبِ الْأَوَّلِ
لِانْعِدَامِهَا فَجَازَ أَنْ تَصِيرَ مَغْصُوبَةً بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ فَهَذَا الْفَرْقُ بين الزِّيَادَتَيْنِ وَبِخِلَافِ الْقَتْلِ لِأَنَّ قَتْلَ الْمَغْصُوبِ مُتَصَوَّرٌ لِأَنَّ مَحَلَّ الْقَتْلِ غَيْرُ مَحَلِّ الْغَصْبِ فمحمل (((فمحل))) الْقَتْلِ هو الْحَيَاةُ ومحمل (((ومحل))) الْغَصْبِ هو مَالِيَّةُ الْعَيْنِ فَتَحَقُّقُ الْغَصْبِ لَا يَمْنَعُ تَحَقُّقُ الْقَتْلِ إلَّا أَنَّ الْمَضْمُونَ وَاحِدٌ وَالْمُسْتَحَقُّ لِلضَّمَانِ وَاحِدٌ فَيُخَيَّرُ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ مَضْمُونٌ بِالْغَصْبِ السَّابِقِ لَا شَكَّ فيه فَيَصِيرُ مَمْلُوكًا لِلْغَاصِبِ من ذلك الْوَقْتِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ فَالزِّيَادَةُ حدثت (((حصلت))) على مِلْكِ الْغَاصِبِ لِأَنَّهَا نَمَاءُ مِلْكِهِ فَتَكُونُ مِلْكَهُ فَكَانَ الْبَيْعُ وَالتَّسْلِيمُ وَالْمَنْعُ وَالِاسْتِخْدَامُ وَالِاسْتِهْلَاكُ في غَيْرِ بَنِي آدَمَ تَصَرُّفًا في مِلْكِ نَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا عليه كما لو تَصَرَّفَ في سَائِرِ أَمْلَاكِهِ بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ لِأَنَّا أَثْبَتْنَا الْمِلْكَ بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ فَالْمُسْتَنَدُ يَظْهَرُ من وَجْهٍ ويتقصر (((ويقتصر))) على الْحَالِ من وَجْهٍ فَيُعْمَلُ بِشُبْهَةِ الظُّهُورِ في الزَّوَائِدِ الْمُتَّصِلَةِ وبشبه (((وبشبهة))) الِاقْتِصَارِ في الْمُنْفَصِلَةِ إذْ لَا يَكُونُ الْعَمَلُ بِهِ على الْعَكْسِ لِيَكُونَ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ
وَأَمَّا على طَرِيقِ الظُّهُورِ الْمَحْضِ فَتَخْرِيجُهُمَا مُشْكِلٌ وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ بِخِلَافِ الْقَتْلِ لِأَنَّ الْعَبْدَ إنَّمَا يَضْمَنُ بِالْقَتْلِ من حَيْثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ لَا من حَيْثُ إنَّهُ مَالٌ وَالْغَاصِبَ إنَّمَا مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ من وَقْتِ الْغَصْبِ من حَيْثُ إنَّهُ مَالٌ لَا من حَيْثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ لِأَنَّهُ من حَيْثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ لَا يَحْتَمِلُ التَّمَلُّكَ فلم يَكُنْ هو بِالْقَتْلِ مُتَصَرِّفًا في مِلْكِ نَفْسِهِ لِهَذَا افْتَرَقَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
ثُمَّ على أصلهما (((أصلها))) إذَا اخْتَارَ الْمَالِكُ تَضْمِينَ الْبَائِعِ هل يَثْبُتُ له الْخِيَارُ بين أَنْ يُضَمِّنَهُ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ وَقْتَ الْبَيْعِ وَبَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَقْتَ الْغَصْبِ
قال بَعْضُ مَشَايِخِنَا يَثْبُتُ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ التَّخْيِيرَ بين الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ عِنْدَ اتِّحَادِ الذِّمَّةِ من بَابِ السَّفَهِ بِخِلَافِ التَّخْيِيرِ بين الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ هُنَاكَ الذِّمَّةَ مُخْتَلِفَةٌ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مَلِيًّا وَالْآخَر مُفْلِسًا فَكَانَ التَّخْيِيرُ مُفِيدًا وَبِخِلَافِ الْقَتْلِ لِأَنَّ ضَمَانَ الْقَتْلِ ضَمَانُ الدَّمِ وَأَنَّهُ مُؤَجَّلٌ إلَى ثَلَاثِ سِنِينَ وَضَمَانَ الْغَصْبِ ضَمَانُ الْمَالِ وَأَنَّهُ حَالٌّ فَكَانَ التَّخْيِيرُ مُفِيدًا
ثُمَّ إذَا ضَمَّنَ الْمَالِكُ الْغَاصِبَ قِيمَةَ الْمَغْصُوبِ وَقْتَ الْغَصْبِ أو وَقْتَ الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَ نَفْسِهِ وَالثَّمَنُ له لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ وَإِنْ ضَمِنَ الْمُشْتَرِي قِيمَتَهُ وَقْتَ الْقَبْضِ بَطَلَ الْبَيْعُ وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ على الْبَائِعِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَيْسَ له أَنْ يَرْجِعَ على الْبَائِعِ بِالضَّمَانِ
وَلَوْ غَصَبَ من إنْسَانٍ شيئا فَجَاءَ آخَرُ وَغَصَبَهُ منه فَهَلَكَ في يَدِهِ فَالْمَالِكُ

بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِي
أَمَّا تَضْمِينُ الْأَوَّلِ فَلِوُجُودِ فِعْلِ الْغَصْبِ منه وهو تَفْوِيتُ يَدِ الْمَالِكِ
وَأَمَّا تَضْمِينُهُ الثَّانِيَ فَلِأَنَّهُ فَوَّتَ يَدَ الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ وَيَدُهُ يَدُ الْمَالِكِ من وَجْهٍ لِأَنَّهُ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَتَمَكَّنُ من رَدِّهِ على الْمَالِكِ وَيَسْتَقِرُّ بِهِمَا الضَّمَانُ في ذِمَّتِهِ فَكَانَتْ مَنْفَعَةُ يَدِهِ عَائِدَةً إلَى الْمَالِكِ فَأَشْبَهَتْ يَدَ الْمُودِعِ وقد وُجِدَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ إلَّا أَنَّ الْمَضْمُونَ وَاحِدٌ فَخَيَّرْنَا الْمَالِكَ لِتَعَيُّنِ الْمُسْتَحِقِّ فَإِنْ اخْتَارَ أَنْ يُضَمِّنَ الْأَوَّلَ رَجَّعَ بِالضَّمَانِ على الثَّانِي لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَغْصُوبَ من وَقْتِ غَصْبِهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الثَّانِي غَصَبَ مِلْكَهُ وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الثَّانِي لَا يُرْجَعُ على أَحَدٍ لِأَنَّهُ ضَمَّنَ بِفِعْلِ نَفْسِهِ وهو تَفْوِيتُ يَدِ الْمَالِكِ من وَجْهٍ على ما بَيَّنَّا
وَكَذَلِكَ إنْ اسْتَهْلَكَهُ الْغَاصِبُ الثَّانِي
وَمَتَى اخْتَارَ تَضْمِينَ أَحَدِهِمَا هل يَبْرَأُ الْآخَرُ عن الضَّمَانِ بِنَفْسِ الِاخْتِيَارِ ذَكَرَ في الْجَامِعِ أَنَّهُ يَبْرَأُ حتى لو أَرَادَ تَضْمِينَهُ بَعْدَ ذلك لم يَكُنْ له ذلك
وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في نَوَادِرِهِ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ ما لم يَرْضَ من اخْتَارَ تَضْمِينَهُ أو يقضى بِهِ عليه
وَجْهُ رِوَايَةِ النَّوَادِرِ أَنَّ عِنْدَ وُجُودِ الرِّضَا أو الْقَضَاءِ بِالضَّمَانِ صَارَ الْمَغْصُوبُ مِلْكًا لِلَّذِي ضَمِنَهُ لِأَنَّهُ بَاعَهُ منه فَلَا يَمْلِكُ

(7/144)

الرُّجُوعَ بَعْدَ تَمْلِيكِهِ كما لو بَاعَهُ من الْأَوَّلِ فَأَمَّا قبل وُجُودِ الرِّضَا أو الْقَضَاءِ بِالضَّمَانِ صَارَ الْمَغْصُوبُ مِلْكًا لِلَّذِي ضَمِنَهُ لِأَنَّهُ بَاعَهُ منه فَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ بَعْدَ تَمْلِيكِهِ كما لو بَاعَهُ من الْأَوَّلِ
فَأَمَّا قبل وُجُودِ الرِّضَا أو الْقَضَاءِ فلم يُوجَدْ منه التَّمْلِيكُ من أَحَدِهِمَا فَلَهُ أَنْ يَمْلِكَهُ من أَيِّهِمَا شَاءَ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْجَامِعِ ما ذَكَرْنَا أَنَّهُ بِاخْتِيَارِهِ تَضْمِينَ الْغَاصِبِ الْآخَرِ أَظْهَرَ أَنَّهُ رَاضٍ بِأَخْذِ الْأَوَّلِ وأنه بِمَنْزِلَةِ الْمُودِعِ وَبِاخْتِيَارِ تَضْمِينِ الْأَوَّلِ أَظْهَرَ أَنَّ الثَّانِي ما أَتْلَفَ عليه شيئا لِأَنَّهُ لم يُفَوِّتْ يَدَهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ بَاعَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ من الثَّانِي فَهَلَكَ في يَدِهِ يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ فَيُضَمِّنُ أَيَّهُمَا شَاءَ فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ جَازَ بَيْعُهُ وَالثَّمَنُ له لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِيَ بَطَلَ الْبَيْعُ وَلَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْبَائِعِ وَلَكِنَّهُ يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ عليه لِمَا ذَكَرْنَا
وَكَذَلِكَ لو اسْتَهْلَكَهُ الْمُشْتَرِي
وَلَوْ كان الْمَغْصُوبُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي من الْغَاصِبِ ثُمَّ أَجَازَ الْمَالِكُ الْبَيْعَ نَفَذَ إعْتَاقُهُ اسْتِحْسَانًا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَنْفُذُ قِيَاسًا ولاخلاف في أَنَّهُ لو بَاعَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَازَ الْمَالِكُ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ الْبَيْعُ الثَّانِي
وَجْهُ الْقِيَاسِ ما رُوِيَ عن رَسُولِ اللَّهِ أَنَّهُ قال لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابن آدَمَ وَلَا مِلْكَ لِلْمُشْتَرِي في الْعَبْدِ لِأَنَّهُ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ منه فَلَا يَنْعَقِدُ إعْتَاقُهُ فيه فَيَنْفُذُ عليه عِنْدَ الْإِجَازَةِ وَلِهَذَا لم يَنْفُذْ بَيْعُهُ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ إعْتَاقَ الْمُشْتَرِي صَادَفَ مِلْكًا على التَّوَقُّفِ فَيَنْعَقِدُ على التَّوَقُّفِ كَالْمُشْتَرِي من الْوَارِثِ عَبْدًا من التَّرِكَةِ الْمُسْتَغْرِقَةِ بِالدَّيْنِ إذَا أَعْتَقَهُ

ثُمَّ أَبْرَأَ الْغُرَمَاءُ الْمَيِّتَ عن دُيُونِهِمْ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْإِعْتَاقَ صَادَفَ مِلْكًا على التَّوَقُّفِ أَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ انْعَقَدَ على التَّوَقُّفِ وهو الْبَيْعُ الْمُطْلَقُ الْخَالِي عن الشَّرْطِ مِمَّنْ هو من أَهْلِ الْبَيْعِ في مَحَلٍّ قَابِلٍ إلَّا أَنَّهُ لم يَنْفُذْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن الْمَالِكِ وَلَا ضَرَرَ عليه في التَّوَقُّفِ فَيَتَوَقَّفُ وإذا تَوَقَّفَ سَبَبُ الْمِلْكِ يَتَوَقَّفُ الْمِلْكُ فَيَتَوَقَّفُ الْإِعْتَاقُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإنه يَعْتَمِدُ شُرُوطًا أُخَرُ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ مع قِيَامِ الْمِلْكِ لِمَعْنَى الْغَرَرِ وفي تَوْقِيفِ نَفَاذِ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ تَحْقِيقُ مَعْنَى الْغَرَرِ
وَلَوْ أَوْدَعَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ فَهَلَكَ في يَدِ الْمُودَعِ يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ في التَّضْمِينِ فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على أَحَدٍ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُودَعَ يَرْجِعُ على الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ غَرَّهُ بِالْإِيدَاعِ فَيَرْجِعُ عليه بِضَمَانِ الْغَرَرِ وهو ضَمَانُ الِالْتِزَامِ في الْحَقِيقَةِ
وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ الْمُودَعُ فَالْجَوَابُ على الْقَلْبِ من الْأَوَّلِ أَنَّهُ إنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ فَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْمُودِعِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَهْلَكَ مَالَهُ وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُودَعَ لم يَرْجِعْ على الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ ضَمَّنَ بِفِعْلِ نَفْسِهِ فَلَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ
وَلَوْ آجَرَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ أو رَهَنَهُ من إنْسَانٍ فَهَلَكَ في يَدِهِ يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ لَا يَرْجِعُ على الْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُرْتَهِنِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ آجَرَ وَرَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ إلَّا أَنَّ في الرَّهْنِ يَسْقُطُ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ على ما هو حُكْمُ هَلَاكِ الرَّهْنِ وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجِرَ أو الْمُرْتَهِنَ يَرْجِعُ على الْغَاصِبِ بِمَا ضَمَّنَ وَالْمُرْتَهِنُ يَرْجِعُ بِدَيْنِهِ أَيْضًا
أَمَّا رُجُوعُ الْمُرْتَهِنِ بِالضَّمَانِ فَلَا شَكَّ فيه لِصَيْرُورَتِهِ مَغْرُورًا وَأَمَّا رُجُوعُ الْمُسْتَأْجِرِ فَلِأَنَّهُ وَإِنْ اسْتَفَادَ مِلْكَ الْمَنْفَعَةِ لَكِنْ بِعِوَضٍ وهو الْأُجْرَةُ فَيَتَحَقَّقُ الْغُرُورُ فَأَشْبَهَ الْمُودَعَ
وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ الْمُسْتَأْجِرُ أو الْمُرْتَهِنُ يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ إلَّا أَنَّهُ إنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ يَرْجِعُ على الْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُرْتَهِنِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ آجَرَ مِلْكَ نَفْسِهِ وَرَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَاسْتَهْلَكَهُ الْمُسْتَأْجِرُ وَالْمُرْتَهِنُ وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجِرَ أو الْمُرْتَهِنَ لم يَرْجِعْ على أَحَدٍ لِأَنَّهُ ضَمَّنَ بِفِعْلِ نَفْسِهِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ أَعَارَهُ الْغَاصِبُ فَهَلَكَ في يَدِ الْمُسْتَعِيرِ يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ وَأَيُّهُمَا ضَمَّنَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على صَاحِبِهِ
أَمَّا الْغَاصِبُ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّهُ أعاد (((أعار))) مِلْكَ نَفْسِهِ فَهَلَكَ في يَدِ الْمُسْتَعِيرِ وَأَمَّا الْمُسْتَعِيرُ فَلِأَنَّهُ اسْتَفَادَ مِلْكَ الْمَنْفَعَةِ فلم يَتَحَقَّقْ الْغُرُورُ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا تَخْرُجُ مَنَافِعُ الْأَعْيَانِ الْمَنْقُولَةِ الْمَغْصُوبَةِ إنها لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَضْمُونَةٌ نَحْوُ ما إذَا غَصَبَ عَبْدًا أو دَابَّةً فَأَمْسَكَهُ أَيَّامًا ولم يَسْتَعْمِلْهُ ثُمَّ رَدَّهُ على مَالِكِهِ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ تَفْوِيتُ يَدِ الْمَالِكِ عن الْمَنَافِعِ لِأَنَّهَا أَعْرَاضٌ تَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا على حَسَبِ حُدُوثِ الزَّمَانِ فَالْمَنْفَعَةُ الْحَادِثَةُ على يَدِ الْغَاصِبِ لم تَكُنْ مَوْجُودَةً في يَدِ الْمَالِكِ فلم يُوجَدْ تَفْوِيتُ يَدِ الْمَالِكِ عنها فلم يُوجَدْ الْغَصْبُ وَعِنْدَهُ حَدُّ الْغَصْبِ إثْبَاتُ الْيَدِ على مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِ مَالِكِهِ وقد وُجِدَ في الْمَنَافِعِ وَالْمَنْفَعَةِ مَالٌ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عنها في الْإِجَارَةِ وَتَصْلُحُ مَهْرًا في النِّكَاحِ فَتَحَقَّقَ الْغَصْبُ فيها فَيَجِبُ الضَّمَانُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ دَارًا أو عَقَارًا فإنهدم شَيْءٌ من

الْبِنَاءِ أو جاءِ سَيْلٌ فَذَهَبَ بِالْبِنَاءِ وَالْأَشْجَارِ أو غَلَبَ الْمَاءُ على الْأَرْضِ فَبَقِيَتْ تَحْتَ الْمَاءِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عليه في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَوَّلُ يَضْمَنُ وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وأما الشَّافِعِيُّ فَقَدْ مَرَّ على أَصْلِهِ في تَحْدِيدِ الْغَصْبِ أَنَّهُ إثْبَاتُ الْيَدِ على مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِ مَالِكِهِ وَهَذَا يُوجَدُ في الْعَقَارِ كما يُوجَدُ في الْمَنْقُولِ
وَأَمَّا مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَقَدْ مَرَّ على أَصْلِهِ في حَدِّ الْغَصْبِ أَنَّهُ إزَالَةُ يَدِ الْمَالِكِ عن مَالِهِ وَالْفِعْلُ في الْمَالِ ليس بِشَرْطٍ وقد وُجِدَ تَفْوِيتُ يَدِ الْمَالِكِ عن الْعَقَارِ لِأَنَّ ذلك عِبَارَةٌ عن إخْرَاجِ الْمَالِ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ في حَقِّ الْمَالِكِ أو إعْجَازِ الْمَالِكِ عن الِانْتِفَاعِ بِهِ
وَهَذَا كما يُوجَدُ في الْمَنْقُولِ يُوجَدُ في الْعَقَارِ فَيَتَحَقَّقُ الْغَصْبُ وَالدَّلِيلُ عليه مَسْأَلَةٌ ذَكَرْنَاهَا في الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَاتِ وَهِيَ إن من ادَّعَى على آخَرَ دَارًا فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عليه فَأَقَامَ الْمُدَّعِي شَاهِدَيْنِ وَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا ثُمَّ رَجَعَا يَضْمَنَانِ كما لو كانت الدَّعْوَى في الْمَنْقُولِ فَقَدْ سَوَّى بين الْعَقَارِ وَالْمَنْقُولِ في ضَمَانِ الرُّجُوعِ فَدَلَّ أَنَّ الْغَصْبَ الْمُوجِبَ لِلضَّمَانِ يَتَحَقَّقُ فِيهِمَا جميعا
وَأَمَّا أبو حَنِيفَةَ وأبو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَمَرَّا على أَصْلِهِمَا أَنَّ الْغَصْبَ إزَالَةُ يَدِ الْمَالِكِ عن مَالِهِ بِفِعْلٍ في الْمَالِ ولم يُوجَدْ في الْعَقَارِ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ هذا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْغَصْبِ الِاسْتِدْلَال بِضَمَانِ الْغَصْبِ فإن أَخْذَ الضَّمَانِ من الْغَاصِبِ تَفْوِيتُ يَدِهِ عنه بِفِعْلٍ في الضَّمَانِ فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ مِثْلِهِ منه في الْمَغْصُوبِ لِيَكُونَ اعْتِدَاءً بِالْمِثْلِ (((بالمثل))) وَعَلَى أَنَّهُمَا إنْ سَلَّمَا تَحَقُّقَ الْغَصْبُ في الْعَقَارِ فَالْأَصْلُ في الْغَصْبِ أَنْ لَا يَكُونَ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ لِأَنَّ أَخْذَ الضَّمَانِ من الْغَاصِبِ إتْلَافُ مَالِهِ عليه
أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَزُولُ يَدُهُ وَمِلْكُهُ عن الضَّمَانِ فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ الْإِتْلَافِ منه إمَّا حَقِيقَةً أو تَقْدِيرًا لِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتُعَالَى لم يُشَرِّعْ الِاعْتِدَاءَ إلَّا بِالْمِثْلِ
قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُمْ } ولم يُوجَدْ ههنا الْإِتْلَافُ من الْغَاصِبِ لَا حَقِيقَةً وَلَا تَقْدِيرًا
أَمَّا الْحَقِيقَةُ فَظَاهِرَةٌ وَأَمَّا التَّقْدِيرُ فَلِأَنَّ ذلك بالعقل (((بالنقل))) وَالتَّحْوِيلِ وَالتَّغْيِيبِ عن الْمَالِكِ على وَجْهٍ لَا يَقِفُ على مَكَانِهِ وَلِهَذَا لو حَبَسَ رَجُلًا حتى ضَاعَتْ مَوَاشِيهِ وَفَسَدَ زَرْعُهُ لَا ضَمَانَ عليه وَالْعَقَارُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ وَالتَّحْوِيلَ فلم يُوجَدْ الْإِتْلَافُ حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ لِضَرُورَةِ النَّصِّ
وَعَلَى هذا الِاخْتِلَافِ إذَا غَصَبَ عَقَارًا فَجَاءَ إنْسَانٌ فَأَتْلَفَهُ فَالضَّمَانُ على الْمُتْلِفِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ الْغَصْبَ لَا يَتَحَقَّقُ في الْعَقَارِ فَيُعْتَبَرُ الْإِتْلَافُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَحَقَّقُ الْغَصْبُ فيه فَيَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْغَاصِبِ فَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْمُتْلِفِ وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْمُتْلِفِ لَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِفِعْلِ نَفْسِهِ
وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَةِ فَمِنْ أَصْحَابِنَا من مَنَعَهَا وقال إنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ بَنَى الْجَوَابَ على أَصْلِ نَفْسِهِ فَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَلَا يَضْمَنَانِ وَمِنْهُمْ من سَلَّمَ وَلَا بَأْسَ بِالتَّسْلِيمِ لِأَنَّ ضَمَانَ الرُّجُوعِ ضَمَانُ إتْلَافٍ لَا ضَمَانُ غَصْبٍ وَالْعَقَارُ مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ بِلَا خِلَافٍ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا من أَهْلِهِ فَمَاتَ في يَدِهِ من غَيْرِ آفَةٍ أَصَابَتْهُ بِأَنْ مَرِضَ في يَدِهِ فَمَاتَ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّ كَوْنَ الْمَغْصُوبِ مَالًا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْغَصْبِ وَالْحُرُّ ليس بِمَالٍ

وَلَوْ مَاتَ في يَدِهِ بِآفَةٍ بِأَنْ عَقَرَهُ أَسَدٌ أو نَهَشَتْهُ حَيَّةٌ وَنَحْوُ ذلك يَضْمَنُ لِوُجُودِ الْإِتْلَافِ منه تَسْبِيبًا وَالْحُرُّ يَضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ مُبَاشَرَةً وَتَسْبِيبًا على ما نَذْكُرُهُ في مَسَائِلِ الْإِتْلَافِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَهَلَكَ في يَدِهِ يَضْمَنُ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ إلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ جَوَازُ بَيْعِهِ إذَا كان مُدَبَّرًا مُطْلَقًا مع كَوْنِهِ مَالًا مُتَقَوِّمًا لِانْعِقَادِ سَبَبِ الْحُرِّيَّةِ لِلْحَالِ وفي الْبَيْعِ إبْطَالُ السَّبَبِ على ما عُرِفَ وَكَذَلِكَ لو غَصَبَ مُكَاتَبًا فَهَلَكَ في يَدِهِ لِأَنَّهُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ على لِسَانِ رسول اللَّهِ فَكَانَ مَالًا مُتَقَوِّمًا وَمُعْتَقُ الْبَعْضِ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَكَانَ مَضْمُونًا بِالْغَصْبِ كَالْمُكَاتَبِ وَعَلَى أَصْلِهِمَا هو حُرٌّ عليه دَيْنٌ وَالْحُرُّ لَا يَضْمَنُ بِالْغَصْبِ

وَلَوْ غَصَبَ أُمَّ وَلَدٍ إنْسَانٌ فَهَلَكَتْ عنده (((عندهم))) لم يَضْمَنْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ وَأُمُّ الْوَلَدِ لَا تُضْمَنُ بِالْغَصْبِ وَلَا بِالْقَبْضِ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَلَا بِالْإِعْتَاقِ كَجَارِيَةٍ بين رَجُلَيْنِ جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَيَاهُ جميعا ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا لَا يَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ شيئا وَلَا تَسْعَى هِيَ في شَيْءٍ أَيْضًا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ في ذلك كُلِّهِ كَالْمُدَبَّرِ

وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ هل هِيَ مُتَقَوِّمَةٌ من حَيْثُ إنَّهَا مَالٌ أَمْ لَا وَلَا خِلَافَ أنها مُتَقَوِّمَةٌ بِالْقَتْلِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْمُدَبَّرَ مُتَقَوِّمٌ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أنه (((أنها))) كانت مَالًا مُتَقَوِّمًا وَالِاسْتِيلَادُ لَا يُوجِبُ الْمَالِيَّةَ وَالتَّقَوُّمَ لِأَنَّهُ

لَا يَثْبُتُ بِهِ إلَّا حَقُّ الْحُرِّيَّةِ فإنه لَا يُبْطِلُ الْمَالِيَّةَ وَالتَّقَوُّمَ كما في الْمُدَبَّرِ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الِاسْتِيلَادَ إعْتَاقٌ لِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال في جَارِيَتِهِ مَارِيَةَ أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا فَظَاهِرُهُ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْعِتْقِ لِلْحَالِ في جَمِيعِ الْأَحْكَامِ إلَّا أَنَّهُ تَأَخَّرَ في حَقِّ بَعْضِ الْأَحْكَامِ فَمَنْ ادَّعَى التَّأَخُّرَ في حَقِّ سُقُوطِ الْمَالِيَّةِ وَالتَّقَوُّمِ فَعَلَيْهِ الدَّلِيلُ بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ ليس بِإِعْتَاقٍ لِلْحَالِ على مَعْنَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِهِ الْعِتْقُ لِلْحَالِ أَصْلًا وَإِنَّمَا الْمَوْجُودُ لِلْحَالِ مُبَاشَرَةُ سَبَبِ الْعِتْقِ من غَيْرِ عِتْقٍ وَهَذَا لَا يَمْنَعُ بَقَاءَ الْمَالِيَّةِ وَالتَّقْوِيمِ وَيَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ لِمَا قُلْنَا

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ لِذِمِّيٍّ أو لِمُسْلِمٍ فَهَلَكَ في يَدِهِ أو اسْتَهْلَكَهُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ لَيْسَا بِمَالٍ في الْأَدْيَانِ كُلِّهَا

وَلَوْ دَبَغَهُ الْغَاصِبُ وَصَارَ مَالًا فَحُكْمُهُ نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ خَمْرًا لِمُسْلِمٍ أو خِنْزِيرًا له فَهَلَكَ في يَدِهِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ سَوَاءٌ كان الْغَاصِبُ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا لِأَنَّ الْخَمْرَ لَيْسَتْ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ في حَقِّ الْمُسْلِمِ وَكَذَا الْخِنْزِيرُ فَلَا يَضْمَنَانِ بِالْغَصْبِ وَلَوْ غَصَبَ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا لِذِمِّيٍّ فَهَلَكَ في يَدِهِ يَضْمَنُ سَوَاءٌ كان الْغَاصِبُ ذِمِّيًّا أو مُسْلِمًا غير أَنَّ الْغَاصِبَ إنْ كان ذِمِّيًّا فَعَلَيْهِ في الْخَمْرِ مِثْلُهَا وفي الْخِنْزِيرِ قِيمَتُهُ وَإِنْ كان مُسْلِمًا فَعَلَيْهِ الْقِيمَةُ فِيهِمَا جميعا

وَهَذَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ لَا ضَمَانَ على غَاصِبِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ كَائِنًا من كان
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ حُرْمَةَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ ثَابِتَةٌ في حَقِّ الناس كَافَّةً لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى في صِفَةِ الْخُمُورِ إنه { رِجْسٌ من عَمَلِ الشَّيْطَانِ } وَصِفَةُ الْمَحَلِّ لَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الشَّخْصِ
وَقَوْلُهُ عليه السلام حُرِّمَتْ الْخَمْرُ لَعَيْنِهَا أَخْبَرَ عليه السلام كَوْنَهَا مُحَرَّمَةً وَجَعَلَ عِلَّةَ حُرْمَتِهَا عَيْنَهَا فَتَدُورُ الْحُرْمَةُ مع الْعَيْنِ
وإذا كانت مُحَرَّمَةً لَا تَكُونُ مَالًا لِأَنَّ الْمَالَ ما يَكُونُ مُنْتَفَعًا بِهِ حَقِيقَةً مُبَاحَ الِانْتِفَاعِ بِهِ شَرْعًا على الْإِطْلَاقِ
وَلَنَا ما رُوِيَ عنه أَنَّهُ قال في الحديث الْمَعْرُوفِ فَأَعْلِمُوهُمْ أَنَّ لهم ما لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ ما على الْمُسْلِمِينَ وَلِلْمُسْلِمِ الضَّمَانُ إذَا غُصِبَ منه خَلُّهُ وَشَاتُه وَنَحْوُ ذلك إذَا هَلَكَ في يَدِ الْغَاصِبِ فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ لِلذِّمِّيِّ الضَّمَانُ إذَا غُصِبَ منه خَمْرُهُ أو خِنْزِيرُهُ لِيَكُونَ لهم ما لِلْمُسْلِمِينَ عَمَلًا بِظَاهِرِ الحديث
وَأَمَّا الْكَلَامُ في الْمَسْأَلَةِ من حَيْثُ الْمَعْنَى فَبَعْضُ مَشَايِخِنَا قالوا الْخَمْرُ مُبَاحٌ في حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَكَذَا الْخِنْزِيرُ فَالْخَمْرُ في حَقِّهِمْ كَالْخَلِّ في حَقِّنَا وَالْخِنْزِيرُ في حَقِّهِمْ كَالشَّاةِ في حَقِّنَا في حَقِّ الْإِبَاحَةِ شَرْعًا فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالًا مُتَقَوِّمًا في حَقِّهِمْ
وَدَلِيلُ الْإِبَاحَةِ في حَقِّهِمْ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منهم مُنْتَفَعٌ بِهِ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ صَالِحٌ لِإِقَامَةِ مَصْلَحَةِ الْبَقَاءِ وَالْأَصْلُ في أَسْبَابِ الْبَقَاءِ هو الْإِطْلَاقُ إلَّا أَنَّ الْحُرْمَةَ في حَقِّ الْمُسْلِمِ تَثْبُتُ نَصًّا غير مَعْقُولِ الْمَعْنَى أو مَعْقُول الْمَعْنَى لِمَعْنًى لَا يُوجَدُ ههنا أو يُوجَدُ لَكِنَّهُ يَقْتَضِي الْحِلَّ لَا الْحُرْمَةَ وهو قَوْلِهِ تَعَالَى { إنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ في الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنْ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ } لِأَنَّ الصَّدَّ لَا يُوجَدُ في الْكَفَرَةِ وَالْعَدَاوَةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَاجِبُ الْوُقُوعِ وَلِأَنَّهَا سَبَبُ الْمُنَازَعَةِ وَالْمُنَازَعَةُ سَبَبُ الْهَلَاكِ
وَهَذَا يُوجِبُ الْحِلَّ لَا الْحُرْمَةَ فَلَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ في حَقِّهِمْ وَبَعْضُهُمْ قالوا إنَّ الْحُرْمَةَ ثَابِتَةٌ في حَقِّهِمْ كما هِيَ ثَابِتَةٌ في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّ الْكُفَّارَ مُخَاطَبُونَ بِشَرَائِعَ هِيَ حُرُمَاتٌ عِنْدَنَا وهو الصَّحِيحُ من الْأَقْوَالِ على ما عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ
وَعَلَى هذا طَرِيقُ وُجُوبِ الضَّمَانِ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْخَمْرَ وَإِنْ لم يَكُنْ مَالًا مُتَقَوِّمًا في الْحَالِ فَهِيَ بِعَرَضِ أَنْ تَصِيرَ مَالًا مُتَقَوِّمًا في الثَّانِي بِالتَّخَلُّلِ وَالتَّخْلِيلُ وَوُجُوبُ ضَمَانِ الْغَصْبِ وَالْإِتْلَافِ يَعْتَمِدُ كَوْنَ الْمَحَلِّ الْمَغْصُوبِ وَالْمُتْلَفِ مَالًا مُتَقَوِّمًا في الْجُمْلَةِ وَلَا يَقِفُ على ذلك لِلْحَالِ
أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُهْرَ وَالْجَحْشَ وما لَا مَنْفَعَةَ له في الْحَالِ مَضْمُونٌ بِالْغَصْبِ وَالْإِتْلَافِ
وَالثَّانِي أَنَّ الشَّرْعَ مَنَعَنَا عن التَّعَرُّضِ لهم بِالْمَنْعِ عن شُرْبِ الْخَمْرِ وَأَكْلِ الْخِنْزِيرِ لِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ أَنَّهُ قال أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وما يَدِينُونَ وَمِثْلُهُ لَا يَكْذِبُ
وقد دَانُوا شُرْبَ الْخَمْرِ وَأَكْلَ الْخِنْزِيرِ فَلَزِمَنَا تَرْكُ التَّعَرُّضِ لهم في ذلك وَبَقِيَ الضَّمَانُ بِالْغَصْبِ وَالْإِتْلَافُ يُفْضِي إلَى التَّعَرُّضِ لِأَنَّ السَّفِيهَ إذَا عَلِمَ أَنَّهُ إذَا غَصَبَ أو أَتْلَفَ لَا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ يُقْدِمُ على ذلك وفي ذلك مَنْعُهُمْ وَتَعَرُّضٌ لهم من حَيْثُ الْمَعْنَى
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ كان لِمُسْلِمٍ خَمْرٌ غَصَبَهَا ذِمِّيٌّ أو مُسْلِمٌ فَهَلَكَتْ عِنْدَ الْغَاصِبِ أو خَلَّلَهَا فَلَا ضَمَانَ عليه وَلَوْ اسْتَهْلَكَهَا يَضْمَنُ خَلًّا مِثْلَهَا لِأَنَّ الْغَصْبَ حين وُجُودِهِ لم يَنْعَقِدْ

سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ ولم يُوجَدْ من الْغَاصِبِ صُنْعٌ آخَرُ لِأَنَّ الْهَلَاكَ ليس من صُنْعِهِ فَلَا يَضْمَنُ وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ فَقَدْ وُجِدَ منه

صُنْعٌ آخَرُ سِوَى الْغَصْبِ وهو إتْلَافُ خَلٍّ مَمْلُوكٍ لِلْمَغْصُوبِ منه فَيَضْمَنُ
وَلَوْ غَصَبَ مُسْلِمٌ من نَصْرَانِيٍّ صَلِيبًا له فَهَلَكَ في يَدِهِ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ صَلِيبًا لِأَنَّهُ مُقِرٌّ على ذلك
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا اسْتَخْدَمَ عبد رَجُلٍ بِغَيْرِ أَمْرِهِ أو بَعَثَهُ في حَاجَةٍ أو قَادَ دَابَّةً له أو سَاقَهَا أو رَكِبَهَا أو حَمَلَ عليها بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهَا إنه ضَامِنٌ بِذَلِكَ سَوَاءٌ عَطِبَ في تِلْكَ الْخِدْمَةِ أو في مُضِيِّهِ في حَاجَتِهِ أو مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ لِأَنَّ يَدَ الْمَالِكِ كانت ثَابِتَةً عليه وإذا أَثْبَتَ يَدَ التَّصَرُّفِ عليه فَقَدْ فَوَّتَ يَدَ الْمَالِكِ فَيَتَحَقَّقُ الْغَصْبُ
وَلَوْ دخل دَارَ إنْسَانٍ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَلَيْسَ في الدَّارِ أَحَدٌ فَهَلَكَ في يَدِهِ لم يَضْمَنْ في قَوْلِهِمَا
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَلَوْ جَلَسَ على فِرَاشِ غَيْرِهِ أو بِسَاطِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَهَلَكَ لَا يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ تَفْوِيتَ يَدِ الْمَالِكِ فِيمَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ لَا يَحْصُلُ بِدُونِ النَّقْلِ فلم يَتَحَقَّقْ الْغَصْبُ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْغَصْبِ فَلَهُ في الْأَصْلِ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا يَرْجِعُ إلَى الْآخِرَةِ وَالثَّانِي يَرْجِعُ إلَى الدُّنْيَا
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْآخِرَةِ فَهُوَ الْإِثْمُ وَاسْتِحْقَاقُ الْمُؤَاخَذَةِ إذَا فَعَلَهُ عن عِلْمٍ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ وَارْتِكَابُ الْمَعْصِيَةِ على سَبِيلِ التَّعَمُّدِ سَبَبٌ لِاسْتِحْقَاقِ الْمُؤَاخَذَةِ وقد رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال من غَصَبَ شِبْرًا من أَرْضٍ طَوَّقَهُ اللَّهُ تَعَالَى من سَبْعِ أَرَضِينَ يوم الْقِيَامَةِ وَإِنْ فَعَلَهُ لَا عن عِلْمٍ بِأَنْ ظَنَّ أَنَّهُ مِلْكُهُ فَلَا مُؤَاخَذَةَ عليه لِأَنَّ الْخَطَأَ مَرْفُوعُ الْمُؤَاخَذَةِ شَرْعًا بِبَرَكَةِ دُعَاءِ النَّبِيِّ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إنْ نَسِينَا أو أَخْطَأْنَا وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رُفِعَ عن أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وما اُسْتُكْرِهُوا عليه
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الدُّنْيَا فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى حَالَ قِيَامِ الْمَغْصُوبِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى حَالِ هَلَاكِهِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى حَالِ نُقْصَانِهِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى حَالِ زِيَادَتِهِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى حَالِ قِيَامِهِ فَهُوَ وُجُوبُ رَدِّ الْمَغْصُوبِ على الْغَاصِبِ
وَالْكَلَامُ في هذا الْحُكْمِ في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ سَبَبِ وُجُوبِ الرَّدِّ وفي بَيَانِ شَرْطِ وُجُوبِهِ وفي بَيَانِ ما يَصِيرُ الْمَالِكُ بِهِ مُسْتَرِدًّا
أَمَّا السَّبَبُ فَهُوَ أَخْذُ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ على الْيَدِ ما أَخَذَتْ حتى تَرُدَّ وَقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَأْخُذُ أحدكم مَالَ صَاحِبِهِ لَاعِبًا وَلَا جَادًّا فإذا أَخَذَ أحدكم عَصَا صَاحِبِهِ فَلْيَرُدَّ عليه وَلِأَنَّ الْأَخْذَ على هذا الْوَجْهِ مَعْصِيَةٌ وَالرَّدْعُ عن الْمَعْصِيَةِ وَاجِبٌ وَذَلِكَ بِرَدِّ الْمَأْخُوذِ وَيَجِبُ رَدُّ الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ كما يَجِبُ رَدُّ الْأَصْلِ لِوُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِ الرَّدِّ فيه وَمُؤْنَةُ

الرَّدِّ على الْغَاصِبِ لِأَنَّهَا من ضَرُورَاتِ الرَّدِّ فإذا وَجَبَ عليه الرَّدُّ وَجَبَ عليه ما هو من ضَرُورَاتِهِ كما في رَدِّ الْعَارِيَّةِ
وَأَمَّا شَرْطُ وُجُوبِ الرَّدِّ فَقِيَامُ الْمَغْصُوبِ في يَدِ الْغَاصِبِ حتى لو هَلَكَ في يَدِهِ أو اُسْتُهْلِكَ صُورَةً وَمَعْنًى أو مَعْنًى لَا صُورَةً يَنْتَقِلُ الْحُكْمُ من الرَّدِّ إلَى الضَّمَانِ لِأَنَّ الْهَالِكَ لَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا كان الْمَغْصُوبُ حِنْطَةً فَزَرَعَهَا الْغَاصِبُ أو نَوَاةً فَغَرَسَهَا حتى صَارَتْ شَجَرَةً أو بَيْضَةً فَحَضَنَهَا حتى صَارَتْ دَجَاجَةً أو قُطْنًا فَغَزَلَهُ أو غَزْلًا فَنَسَجَهُ أو ثَوْبًا فَقَطَّعَهُ أو خَاطَهُ قَمِيصًا أو لَحْمًا فَشَوَاهُ أو طَبَخَهُ أو شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أو طَبَخَهَا أو حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أو دَقِيقًا فَخَبَزَهُ أو سِمْسِمًا فَعَصَرَهُ أو عِنَبًا فَعَصَرَهُ أو حَدِيدًا فَضَرَبَهُ سَيْفًا أو سِكِّينًا أو صُفْرًا أو نُحَاسًا فَعَمِلَهُ آنِيَةً أو تُرَابًا له قِيمَةٌ فَلَبِنَهُ أو اتَّخَذَهُ خَزَفًا أو لَبِنًا فَطَبَخَهُ آجِرًا وَنَحْوَ ذلك أَنَّهُ ليس لِلْمَالِكِ أَنْ يَسْتَرِدَّ شيئا من ذلك عِنْدَنَا وَيَزُولُ مِلْكُهُ بِضَمَانِ الْمِثْلِ أو الْقِيمَةِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ له وِلَايَةُ الِاسْتِرْدَادِ وَلَا يَزُولُ مِلْكُهُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ ذَاتَ الْمَغْصُوبِ وَعَيْنَهُ قَائِمٌ بَعْدَ فِعْلِ الْغَاصِبِ وَإِنَّمَا فَاتَ بَعْضُ صِفَاتِهِ فَلَا يَبْطُلُ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ كما إذَا غَصَبَ ثَوْبًا فَقَطَّعَهُ ولم يَخِطْهُ أو صَبَغَهُ أَحْمَرَ أو أَصْفَرَ لِأَنَّ الْمِلْكَ في الْمَغْصُوبِ كان ثَابِتًا لِلْمَالِكِ وَالْعَارِضُ وهو فِعْلُ الْغَاصِبِ مَحْظُورٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِثُبُوتِ الْمِلْكِ له فَيَلْحَقُ بِالْعَدَمِ فَيَبْقَى الْمَغْصُوبُ على مِلْكِ الْمَالِكِ فَتَبْقَى له وِلَايَةُ الِاسْتِرْدَادِ
وَلَنَا أَنَّ فِعْلَ الْغَاصِبِ في هذه الْمَوَاضِعِ وَقَعَ اسْتِهْلَاكًا لِلْمَغْصُوبِ إمَّا صُورَةً وَمَعْنًى أو مَعْنًى لَا صُورَةً فَيَزُولُ مِلْكُ الْمَالِكِ عنه وَتَبْطُلُ وِلَايَةُ الِاسْتِرْدَادِ
كما إذَا اسْتَهْلَكَهُ حَقِيقَةً وَدَلَالَةُ تَحَقُّقِ الِاسْتِهْلَاكِ أَنَّ الْمَغْصُوبَ قد تَبَدَّلَ وَصَارَ شيئا آخَرَ بِتَخْلِيقِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِيجَادِهِ لِأَنَّهُ لم تَبْقَ صُورَتُهُ وَلَا مَعْنَاهُ الْمَوْضُوعُ له في بَعْضِ الْمَوَاضِعِ وَلَا اسْمُهُ وَقِيَامُ الْأَعْيَانِ بِقِيَامِ صُوَرِهَا

وَمَعَانِيهَا الْمَطْلُوبَةِ منها وفي بَعْضِهَا إنْ بَقِيَتْ الصُّورَةُ فَقَدْ فَاتَ مَعْنَاهُ الْمَوْضُوعُ له الْمَطْلُوبُ منه عَادَةً فَكَانَ فِعْلُهُ اسْتِهْلَاكًا لِلْمَغْصُوبِ صُورَةً وَمَعْنًى أو مَعْنًى فَيَبْطُلُ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ إذْ الْهَالِكُ لَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ كَالْهَالِكِ الْحَقِيقِيِّ وَلِأَنَّهُ إذَا حَصَلَ الِاسْتِهْلَاكُ يَزُولُ مِلْكُ الْمَالِكِ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَا يَبْقَى في الْهَالِكِ كما في الْهَالِكِ الْحَقِيقِيِّ فَتَنْقَطِعُ وِلَايَةُ الِاسْتِرْدَادِ ضَرُورَةً وَلِأَنَّ الِاسْتِهْلَاكَ يُوجِبُ ضَمَانَ الْمِثْلِ أو الْقِيمَةِ لِلْمَالِكِ لِوُقُوعِهِ اعْتِدَاءً عليه أو إضْرَارًا بِهِ وَهَذَا يُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِهِ عن الْمَغْصُوبِ لِمَا نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وإذا زَالَ مِلْكُ الْمَالِكِ بِالضَّمَانِ يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْغَاصِبِ في الْمَضْمُونِ لِوُجُودِ سَبَبِ الثُّبُوتِ في مَحَلٍّ قَابِلٍ وهو إثْبَاتُ الْمِلْكِ على مَالٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ فِعْلَهُ الذي هو سَبَبٌ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ مُبَاحٌ لَا حَظَرَ فيه فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ الْمِلْكُ بِهِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ لَبِنًا أو آجِرًا أو سَاجَةً فَأَدْخَلَهَا في بِنَائِهِ أَنَّهُ لَا

يَمْلِكُ الِاسْتِرْدَادَ عِنْدَنَا وَتَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ بِالْقِيمَةِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَهُوَ على أَصْلِهِ الْمَعْهُودِ في جِنْسِ هذه الْمَسَائِلِ أَنَّ فِعْلَ الْغَاصِبِ مَحْظُورٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِثُبُوتِ الْمِلْكِ لِكَوْنِ الْمِلْكِ نِعْمَةً وَكَرَامَةً فَالْتَحَقَ فِعْلُهُ بِالْعَدَمِ شَرْعًا فَبَقِيَ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ منه كما كان

وَلَنَا أَنَّ الْمَغْصُوبَ بِالْإِدْخَالِ في الْبِنَاءِ وَالتَّرْكِيبِ صَارَ شيئا آخَرَ غير الْأَوَّلِ لِاخْتِلَافِ الْمَنْفَعَةِ إذْ الْمَطْلُوبُ من الْمُرَكَّبِ غَيْرُ الْمَطْلُوبِ من الْمُفْرَدِ فَصَارَ بها تَبَعًا له فَكَانَ الْإِدْخَالُ إهْلَاكًا مَعْنًى فَيُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِ الْمَغْصُوبِ منه وَيَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلِأَنَّ الْغَاصِبَ يَتَضَرَّرُ بِنَقْضِ الْبِنَاءِ وَالْمَالِكُ وَإِنْ كان يَتَضَرَّرُ بِزَوَالِ مِلْكِهِ أَيْضًا لَكِنْ ضَرَرَهُ دُونَ ضَرَرِ الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ يُقَابِلُهُ عِوَضٌ فَكَانَ ضَرَرُ الْغَاصِبِ أَعْلَى فَكَانَ أَوْلَى بِالدَّفْعِ

وَلِهَذَا لو غَصَبَ من آخَرَ خَيْطًا فَخَاطَ بِهِ بَطْنَ نَفْسِهِ أو دَابَّتِهِ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ كَذَا هذا

وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَوْضُوعَ مَسْأَلَةِ السَّاجَةِ ما إذَا بَنَى الْغَاصِبُ في حَوَالِي السَّاجَةِ لَا على السَّاجَةِ فَأَمَّا إذَا بَنَى على نَفْسِ السَّاجَةِ لَا يَبْطُلُ مِلْكُ الْمَالِكِ بَلْ يُنْقَضُ وهو اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أبي جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْبِنَاءَ إذَا لم يَكُنْ على نَفْسِ السَّاجَةِ لم يَكُنْ الْغَاصِبُ مُتَعَدِّيًا بِالْبِنَاءِ لِيُنْقَضَ إزَالَةً لِلتَّعَدِّي وإذا كان الْبِنَاءُ عليها كان مُتَعَدِّيًا على السَّاجَةِ فَيُزَالُ تَعَدِّيهِ بِالنَّقْضِ

وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْجَوَابَ في الْمَوْضِعَيْنِ وَالْخِلَافُ في الْفَصْلَيْنِ ثَابِتٌ لِأَنَّهُ كيفما كان لَا يُمْكِنُهُ رَدُّ السَّاجَةِ إلَّا بِنَقْضِ الْبِنَاءِ وَلُزُومِ ضَرَرٍ مُعْتَبَرٍ

هذا مَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ حتى لو كان يُمْكِنُهُ الرَّدُّ بِدُونِ ذلك لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ بِالِاتِّفَاقِ بَلْ يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ

وَلَوْ بِيعَتْ الدَّارُ في حَيَاةِ الْغَاصِبِ أو بَعْدَ وَفَاتِهِ كان صَاحِبُ هذه الْأَشْيَاءِ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ في الثَّمَنِ فَلَا يَكُونُ أَخَصَّ بِشَيْءٍ من ذلك لِأَنَّ مِلْكَهُ قد زَالَ عن الْعَيْنِ إلَى الْقِيمَةِ فَبَطَلَ اخْتِصَاصُهُ بِالْعَيْنِ

وَكَذَلِكَ لو غَصَبَ خُوصًا فَجَعَلَهُ زِنْبِيلًا لَا سَبِيلَ لِلْمَغْصُوبِ منه عليه وهو بِمَنْزِلَةِ السَّاجَةِ إذَا جَعَلَهَا بِنَاءً

وَلَوْ غَصَبَ نَخْلَةً فَشَقَّهَا فَجَعَلَهَا جُذُوعًا كان له أَنْ يَأْخُذَ الْجُذُوعَ لِأَنَّ عَيْنَ الْمَغْصُوبِ قَائِمَةٌ وَإِنَّمَا فَرَّقَ الْأَجْزَاءَ فَأَشْبَهَ الثَّوْبَ إذَا قَطَعَهُ ولم يَخِطْهُ

وَلَوْ غَصَبَ أَرْضًا فَبَنَى عليها أو غَرَسَ فيها لَا يَنْقَطِعُ مِلْكُ الْمَالِكِ وَيُقَالُ لِلْغَاصِبِ اقلع الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَرُدَّهَا فَارِغَةً لِأَنَّ الْأَرْضَ بِحَالِهَا لم تَتَغَيَّرْ ولم تَصِرْ شيئا آخَرَ

أَلَا تَرَى أنها لم تَتَرَكَّبْ بِشَيْءٍ وَإِنَّمَا جَاوَرَهَا الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ بِخِلَافِ السَّاجَةِ لِأَنَّهَا رُكِّبَتْ وَصَارَتْ من جُمْلَةِ الْبِنَاءِ

أَلَا يَرَى أَنَّهُ يسمى الْكُلَّ بِنَاءً وَاحِدًا فَإِنْ كانت الْأَرْضُ تَنْقُصُ بِقَلْعِ ذلك فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَضْمَنَ له قِيمَةَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ مَقْلُوعًا وَيَكُونُ له الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ لِأَنَّ الْغَاصِبَ يَتَضَرَّرُ بِالْمَنْعِ من التَّصَرُّفِ في مِلْكِ نَفْسِهِ بِالْقَلْعِ

وَالْمَالِكُ أَيْضًا يَتَضَرَّرُ بِنُقْصَانِ مِلْكِهِ فَلَزِمَ رِعَايَةَ الْجَانِبَيْنِ وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَا

وَلَوْ غَصَبَ تِبْرَ ذَهَبٍ أو فِضَّةٍ فَصَاغَهُ إنَاءً أو ضَرَبَهُ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ فَلِلْمَغْصُوبِ منه أَنْ يَأْخُذَهُ وَلَا يُعْطِيَهُ شيئا لِأَجْلِ الصِّيَاغَةِ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وفي قَوْلِهِمَا لَا سَبِيلَ له على ذلك وَعَلَى الْغَاصِبِ مِثْلُ ما غَصَبَ

وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ إذَا سَبَكَهُ ولم يَصُغْهُ أو جَعَلَهُ مُرَبَّعًا أو مُطَوَّلًا أو مُدَوَّرًا أَنَّ له أَنْ يَسْتَرِدَّهُ وَلَا شَيْءَ عليه

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ صُنْعَ الْغَاصِبِ وَقَعَ اسْتِهْلَاكًا لِأَنَّ الْمَغْصُوبَ بِالصِّيَاغَةِ صَارَ شيئا آخَرَ فَأَشْبَهَ ما إذَا غَصَبَ حَدِيدًا فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا أو سِكِّينًا

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ اسْتِهْلَاكَ الشَّيْءِ إخْرَاجُهُ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ مَنْفَعَةً مَوْضُوعَةً له مَطْلُوبَةً منه عَادَةً ولم يُوجَدْ ههنا لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ من الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ الثمينة (((الثمنية))) وَهِيَ بَاقِيَةٌ بعدما اسْتَحْدَثَ الصَّنْعَةَ فلم يَتَحَقَّقْ الِاسْتِهْلَاكُ فَبَقِيَ على مِلْكِ الْمَغْصُوبِ منه
وَلَوْ غَصَبَ صُفْرًا أو نُحَاسًا أو حَدِيدًا فَضَرَبَهُ آنِيَةً يُنْظَرُ

(7/149)

إنْ كان يُبَاعُ وَزْنًا فَهُوَ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا في الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِأَنَّهُ لم يَخْرُجْ بِالضَّرْبِ وَالصِّنَاعَةِ عن حَدِّ الْوَزْنِ وَإِنْ كان يُبَاعُ عَدَدًا ليس له أَنْ يَسْتَرِدَّهُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ خَرَجَ عن كَوْنِهِ مَوْزُونًا بِخِلَافِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِأَنَّ الْوَزْنَ فِيهِمَا أَصْلٌ لَا يُتَصَوَّرُ سُقُوطُهُ أَبَدًا
وَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ ولم يَخِطْهُ أو شَاةً فَذَبَحَهَا ولم يَشْوِهَا وَلَا طَبَخَهَا لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ إذْ الذَّبْحُ ليس بِاسْتِهْلَاكٍ بَلْ هو تَنْقِيصٌ وَتَعْيِيبٌ فَلَا يُوجِبُ زَوَالَ الْمِلْكِ بَلْ يُوجِبُ الْخِيَارَ لِلْمَالِكِ على ما نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَصِيرُ الْمَالِكُ بِهِ مُسْتَرِدًّا لِلْمَغْصُوبِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْأَصْلُ أَنَّ الْمَالِكَ يَصِيرُ مُسْتَرِدًّا لِلْمَغْصُوبِ بِإِثْبَاتِ يَدِهِ عليه لِأَنَّهُ صَارَ مَغْصُوبًا بِتَفْوِيتِ يَدِهِ عنه فإذا أَثْبَتَ يَدَهُ عليه فَقَدْ أَعَادَهُ إلَى يَدِهِ فَزَالَتْ يَدُ الْغَاصِبِ ضَرُورَةً إلَّا أَنْ يَغْصِبَهُ ثَانِيًا
وَعَلَى هذا تَخْرُجُ الْمَسَائِلُ إذَا كان الْمَغْصُوبُ عَبْدًا فَاسْتَخْدَمَهُ أو ثَوْبًا فَلَبِسَهُ أو دَابَّةً فَرَكِبَهَا أو حَمَلَ عليها صَارَ مُسْتَرِدًّا له وَيَبْرَأُ الْغَاصِبُ من الضَّمَانِ لِمَا قُلْنَا سَوَاءٌ عَلِمَ الْمَالِكُ أَنَّهُ مِلْكُهُ أو لم يَعْلَمْ لِأَنَّ إثْبَاتَ الْيَدِ على الْعَيْنِ أَمْرٌ حِسِّيٌّ لَا يَخْتَلِفُ بِالْعِلْمِ أو الْجَهْلِ وَلِهَذَا لم يَكُنْ الْعِلْمُ شَرْطًا لِتَحَقُّقِ الْغَصْبِ فَلَا يَكُونُ شَرْطًا لِبُطْلَانِهِ وَكَذَلِكَ لو كان طَعَامًا فَأَكَلَهُ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ يَدَهُ عليه فَبَطَلَتْ يَدُ الْغَاصِبِ وَكَذَا إذَا أَطْعَمَهُ الْغَاصِبُ يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَبْرَأُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ غَرَّهُ في ذلك حَيْثُ أَطْعَمَهُ ولم يُعْلِمْهُ أَنَّهُ مِلْكُهُ فَلَا يَسْقُطُ عنه الضَّمَانُ
وَلَنَا أَنَّهُ أَكَلَ طَعَامَ نَفْسِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الضَّمَانَ على غَيْرِهِ كما لو كان في يَدِ الْغَاصِبِ فَاسْتَهْلَكَهُ
وَقَوْلُهُ غَرَّهُ الْغَاصِبُ مَمْنُوعٌ بَلْ هو الذي اغْتَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ تَنَاوَلَ من غَيْرِ بَحْثٍ أَنَّهُ مِلْكُهُ أو مِلْكُ الْغَاصِبِ وَالْمُغْتَرُّ بِنَفْسِهِ لَا يَسْتَحِقُّ الضَّمَانَ على غَيْرِهِ
وَلَوْ كان الْمَغْصُوبُ عَبْدًا فَآجَرَهُ من الْغَاصِبِ لِلْخِدْمَةِ أو ثَوْبًا فَآجَرَهُ منه لِلُبْسِ أو دَابَّةً لِلرُّكُوبِ وَقَبِلَ الْغَاصِبُ الْإِجَارَةَ بريء عن الضَّمَانِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ إذَا صَحَّتْ صَارَتْ يَدُ الْغَاصِبِ على الْمَحَلِّ يَدَ إجَارَةٍ وَأَنَّهَا يَدٌ مُحِقَّةٌ فَتَبْطُلُ يَدُ الْغَصْبِ ضَرُورَةً فَيَبْرَأُ عن الضَّمَانِ حين وَجَبَتْ عليه الْإِجَارَةُ بِالْإِجَارَةِ
وَقَالُوا في الْغَاصِبِ إذَا آجَرَ الْعَبْدَ الْمَغْصُوبَ من مَوْلَاهُ لِيَبْنِيَ له حَائِطًا مَعْلُومًا إنه يَسْقُطُ ضَمَانُ الْغَصْبِ حين يبتديء بِالْبِنَاءِ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ عن الضَّمَانِ في الْمَوْضِعَيْنِ جميعا مُتَعَلِّقَةٌ بِوُجُوبِ الْأُجْرَةِ وَالْأُجْرَةُ في اسْتِئْجَارِ الْعَبْدِ وَالثَّوْبِ تَجِبُ بِالتَّسْلِيمِ وهو التَّخْلِيَةُ وَهَهُنَا تَجِبُ بِالْعَمَلِ لَا بِنَفْسِ التَّخْلِيَةِ

لِذَلِكَ افْتَرَقَا
وَلَوْ زَوَّجَ الْأَمَةَ الْمَغْصُوبَةَ من الْغَاصِبِ لَا يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ في قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَبْرَأُ بِنَاءً على أَنَّ الْمُشْتَرِي هل يَصِيرُ قَابِضًا بِالتَّزْوِيجِ أَمْ لَا وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الْبُيُوعِ في بَيَانِ حُكْمِ الْبَيْعِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ الْغَاصِبُ لِتَعْلِيمِ الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ عَمَلًا من الْأَعْمَالِ فَهُوَ جَائِزٌ لَكِنَّهُ لَا يَصِيرُ مُسْتَرِدًّا لِلْعَبْدِ وَلَا يَبْرَأُ الْغَاصِبُ عن الضَّمَانِ بَلْ هو في يَدِ الْغَاصِبِ على ضَمَانِهِ حتى لو هَلَكَ قبل أَنْ يَأْخُذَ في ذلك الْعَمَلِ أو بَعْدَهُ ضَمِنَ
وَكَذَلِكَ لو اسْتَأْجِرْهُ لِغَسْلِ الثَّوْبِ الْمَغْصُوبِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ ههنا ما وَقَعَتْ على الْمَغْصُوبِ فلم تَثْبُتْ يَدُ الْإِجَارَةِ عليه لِتَبْطُلَ عنه يَدُ الْغَاصِبِ فَبَقِيَ في يَدِ الْغَصْبِ كما كان فَبَقِيَ مَضْمُونًا كما كان بِخِلَافِ اسْتِئْجَارِ الْمَغْصُوبِ على ما بَيَّنَّا
وإذا رَدَّ الْغَاصِبُ الثَّانِي الْمَغْصُوبَ على الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ برِىء لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ الْمَالِكِ من وَجْهٍ فَيَصِحُّ الرَّدُّ عليه وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِحَالِ هَلَاكِ الْمَغْصُوبِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا وُجُوبُ الضَّمَانِ على الْغَاصِبِ وَالثَّانِي مِلْكُ الْغَاصِبِ الْمَضْمُونَ
أَمَّا وُجُوبُ الضَّمَانِ الكلام (((فالكلام))) فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ كَيْفِيَّةِ الضَّمَانِ وفي بَيَانِ شَرْطِ وُجُوبِهِ وفي بَيَانِ وَقْتِ وُجُوبِهِ وفي بَيَانِ ما يَخْرُجُ بِهِ الْغَاصِبُ عن عُهْدَتِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْمَغْصُوبُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا له مِثْلٌ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا مِثْلَ له فَإِنْ كان مِمَّا له مِثْلٌ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ فَعَلَى الْغَاصِبِ مِثْلُهُ لِأَنَّ ضَمَانَ الْغَصْبِ ضَمَانُ اعْتِدَاءٍ وَالِاعْتِدَاءُ لم يُشْرَعْ إلَّا بِالْمِثْلِ
قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُمْ } وَالْمِثْلُ الْمُطْلَقُ هو الْمِثْلُ صُورَةً وَمَعْنًى فَأَمَّا الْقِيمَةُ فَمِثْلٌ من حَيْثُ الْمَعْنَى دُونَ الصُّورَةِ وَلِأَنَّ ضَمَانَ الْغَصْبِ ضَمَانُ جَبْرِ الْفَائِتِ
وَمَعْنَى الْجَبْرِ بِالْمِثْلِ أَكْمَلُ منه من الْقِيمَةِ فَلَا يَعْدِلُ عن الْمِثْلِ إلَى الْقِيمَةِ إلَّا عِنْدَ التَّعَذُّرِ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ الْجَوْزُ وَالْبَيْضُ مَضْمُونَانِ بِالْقِيمَةِ لَا بِالْمِثْلِ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَإِنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له من الْمَذْرُوعَاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إيجَابُ الْمِثْلِ صُورَةً وَمَعْنًى لِأَنَّهُ لَا مِثْلَ له فَيَجِبُ

الْمِثْلُ مَعْنًى وهو الْقِيمَةُ لِأَنَّهَا الْمِثْلُ الْمُمْكِنُ
وَالْأَصْلُ في ضَمَانِ الْقِيمَةِ ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قَضَى في عَبْدٍ بين شَرِيكَيْنِ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ لِلَّذِي لم يُعْتِقْ وَالنَّصُّ الْوَارِدُ في الْعَبْدِ يَكُونُ وَارِدًا في إتْلَافِ كل ما لَا مِثْلَ له دَلَالَةً
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا شَرْطُ وُجُوبِ الضَّمَانِ فَشَرْطُ وُجُوبِ ضَمَانِ الْمِثْلِ وَالْقِيمَةِ على الْغَاصِبِ عَجْزُهُ عن رَدِّ الْمَغْصُوبِ فما دَامَ قَادِرًا على رَدِّهِ على الْوَجْهِ الذي

أخذ ((أخذه))) لَا يَجِبُ عليه الضَّمَانُ لِأَنَّ الْحُكْمَ الْأَصْلِيَّ لِلْغَصْبِ هو وُجُوبُ رَدِّ عَيْنِ الْمَغْصُوبِ لِأَنَّ بِالرَّدِّ يَعُودُ عَيْنُ حَقِّهِ إلَيْهِ وَبِهِ يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عنه من كل وَجْهٍ وَالضَّمَانُ خَلَفٌ عن رَدِّ الْعَيْنِ وَإِنَّمَا يُصَارُ إلَى الْخَلَفِ عِنْدَ الْعَجْزِ عن رَدِّ الْأَصْلِ
وَسَوَاءٌ عَجَزَ عن الرَّدِّ بِفِعْلِهِ بِأَنْ اسْتَهْلَكَهُ أو بِفِعْلِ غَيْرِهِ بِأَنْ اسْتَهْلَكَهُ غَيْرُهُ أو بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ بِأَنْ هَلَكَ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْمَحَلَّ إنَّمَا صَارَ مَضْمُونًا بِالْغَصْبِ السَّابِقِ لِأَنَّ فِعْلَهُ ذلك لَا بِالْهَلَاكِ
لِأَنَّ الْهَلَاكَ ليس صُنْعَهُ لَكِنْ عِنْدَ الْهَلَاكِ يَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ لِأَنَّ عِنْدَهُ يَتَقَرَّرُ الْعَجْزُ عن رَدِّ الْعَيْنِ فَيَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا ادَّعَى الْغَاصِبُ هَلَاكَ الْمَغْصُوبِ ولم يُصَدِّقْهُ الْمَغْصُوبُ منه إنه يَطْلُبُ منه بَيِّنَةً
فَإِنْ أَقَامَهَا وَإِلَّا حَبَسَهُ الْقَاضِي مُدَّةً يَغْلِبُ على ظَنِّهِ أَنَّهُ لو كان في يَدِهِ لَأَظْهَرَهُ ثُمَّ قَضَى عليه بِالضَّمَانِ لِأَنَّ بِذَلِكَ ثَبَتَ عَجْزُهُ عن رَدِّ الْعَيْنِ فَيُحْبَسُ كَمَنْ كان عليه دَيْنٌ فَطُولِبَ بِهِ فَادَّعَى الْإِفْلَاسَ
وَمِنْ شَرْطِ الْخِطَابِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ أَنْ يَكُونَ الْمِثْلُ مَوْجُودًا في أَيْدِي النَّاسِ حتى لو غَصَبَ شيئا له مِثْلٌ ثُمَّ انْقَطَعَ عن أَيْدِي الناس لَا يُخَاطَبُ بِأَدَائِهِ لِلْحَالِ لِأَنَّهُ ليس بِمَقْدُورٍ بَلْ يُخَاطَبُ بِالْقِيمَةِ
وَلَوْ اخْتَصَمَا في حَالِ انْقِطَاعِهِ عن أَيْدِي الناس فَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا الثَّلَاثَةُ قال أبو حَنِيفَةَ يُحْكَمُ على الْغَاصِبِ بِقِيمَتِهِ يوم يَخْتَصِمُونَ
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يوم الْغَصْبِ
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يوم الِانْقِطَاعِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْغَصْبَ أَوْجَبَ الْمِثْلَ على الْغَاصِبِ وَالْمَصِيرُ إلَى الْقِيمَةِ لِلتَّعَذُّرِ وَالتَّعَذُّرُ حَصَلَ بِسَبَبِ الِانْقِطَاعِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الِانْقِطَاعِ
كما لو اسْتَهْلَكَهُ في ذلك الْوَقْتِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ ضَمَانِ الْمِثْلِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ وَالْقِيمَةِ عِنْدَ الْعَجْزِ هو الْغَصْبُ وَالْحُكْمُ يُعْتَبَرُ من وَقْتِ وُجُودِ سَبَبِهِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ الْوَاجِبَ كان مِثْلَ الْمَغْصُوبِ وَبِالِانْقِطَاعِ عن أَيْدِي الناس لم يَبْطُلْ الْوَاجِبُ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ ما ثَبَتَ يَبْقَى لِتَوَهُّمِ الْفَائِدَةِ وَتَوَهُّمُ الْعَوْدِ هَهُنَا ثَابِتٌ أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَخْتَارَ الإنتظار إلَى وَقْتِ إدْرَاكِهِ فَيَأْخُذَ الْمِثْلَ وإذا بَقِيَ الْمِثْلُ وَاجِبًا بَعْدَ الِانْقِطَاعِ فَإِنَّمَا انتقل (((ينتقل))) حَقُّهُ من الْمِثْلِ إلَى الْقِيمَةِ بِالْخُصُومَةِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ وَقْتَ الْخُصُومَةِ
فَأَمَّا عِلْمُ الْغَاصِبِ بِكَوْنِ الْمَغْصُوبِ مِلْكَ غَيْرِهِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ حتى لو أَخَذَ مَالًا على وَجْهٍ يَحِقُّ له أَخْذُهُ ظَاهِرًا وفي الْبَاطِنِ بِخِلَافِهِ كما إذَا اشْتَرَى شيئا أو مَلَكَهُ بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ فَتَصَرَّفَ فيه ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ يَضْمَنُ لَكِنْ لَا إثْمَ عليه لِأَنَّ الْعِلْمَ ليس بِشَرْطٍ لِتَحَقُّقِ الْغَصْبِ وهو شَرْطُ ثُبُوتِ الْمُؤَاخَذَةِ
قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ ما تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ }
وَأَمَّا وَقْتُ وُجُوبِ الضَّمَانِ فَوَقْتُ وُجُودِ الْغَصْبِ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِالْغَصْبِ وَوَقْتُ ثُبُوتِ الْحُكْمِ وَقْتُ وُجُودِ سَبَبِهِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْمَغْصُوبِ يوم الْغَصْبِ حتى لَا يَتَغَيَّرَ بِتَغَيُّرِ السِّعْرِ لِأَنَّ السَّبَبَ لم يَتَغَيَّرْ وَلَا تَغَيُّرِ الْمَحَلِّ أَيْضًا لِأَنَّ تَرَاجُعَ السِّعْرِ لِفُتُورٍ يُحْدِثُهُ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى في قُلُوبِ عِبَادِهِ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَخْرُجُ بِهِ الْغَاصِبُ عن عُهْدَةِ الضَّمَانِ فَالَّذِي يَخْرُجُ بِهِ عن عُهْدَتِهِ شَيْئَانِ أَحَدُهُمَا أَدَاءُ الضَّمَانِ إلَى الْمَالِكِ أو من يَقُومُ مَقَامَهُ لِأَنَّ الْأَصْلَ في

طَرِيقِ الْخُرُوجِ عن عُهْدَةِ الْوَاجِبِ أَدَاؤُهُ
وَلَوْ هَلَكَ الْمَغْصُوبُ في يَدِ الْغَاصِبِ الثَّانِي فَأَدَّى الْقِيمَةَ إلَى الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ في الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الضَّمَانَ الْوَاجِبَ عليه لِلْمَالِكِ فَلَا يَسْقُطُ عنه إلَّا بِالْأَدَاءِ إلَى الْمَالِكِ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ أَنَّ الضَّمَانَ خَلَفٌ عن الْعَيْنِ قَائِمٌ مَقَامَهُ ثُمَّ لو رَدَّ الْعَيْنَ برىء عن الضَّمَانِ فَكَذَا إذَا رَدَّ الْقِيمَةَ لِأَنَّ ذلك رَدُّ الْعَيْنِ من حَيْثُ الْمَعْنَى وَالثَّانِي الْإِبْرَاءُ وهو نَوْعَانِ صَرِيحٌ وما يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ ودلالة (((دلالة)))
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ أَبْرَأْتُكَ عن الضَّمَانِ أو أَسْقَطْتُهُ عَنْكَ أو وَهَبْتُهُ مِنْكَ وما أَشْبَهَ ذلك فَيَبْرَأُ عن الضَّمَانِ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ وهو من أَهْلِ الْإِسْقَاطِ وَالْمَحَلُّ قَابِلٌ لِلسُّقُوطِ فَيَسْقُطُ
وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ أَنْ يَخْتَارَ الْمَالِكُ تَضْمِينَ أَحَدِ الْغَاصِبَيْنِ فَيَبْرَأُ الْآخَرُ لِأَنَّ اخْتِيَارَ تَضْمِينِ أَحَدِهِمَا إبْرَاءٌ لِلْآخَرِ دَلَالَةً لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ

فَيَبْرَأُ إمَّا بِنَفْسِ الِاخْتِيَارِ أو بشريطه رِضَا من اخْتَارَ تَضْمِينَهُ أو الْقَضَاءِ على اخْتِلَافِ الرِّوَايَتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا
وَلَوْ أَبْرَأَهُ عن ضَمَانِ الْعَيْنِ وَهِيَ قَائِمَةٌ في يَدِهِ صَحَّ الْإِبْرَاءُ وَسَقَطَ عنه الضَّمَانُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِحُّ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْإِبْرَاءَ إسْقَاطٌ وَإِسْقَاطُ الْأَعْيَانِ لَا يُعْقَلُ فَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ وَبَقِيَتْ الْعَيْنُ مَضْمُونَةً كما كانت وإذا هَلَكَتْ ضَمِنَ
وَلَنَا أَنَّ الْعَيْنَ صَارَتْ مَضْمُونَةً بِنَفْسِ الْغَصْبِ لِأَنَّ الْغَصْبَ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ فَكَانَ هذا إبْرَاءً عن الضَّمَانِ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِهِ فَيَصِحُّ كَالْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ بَعْدَ الْجُرْحِ قبل الْمَوْتِ
وَلَوْ أَجَّلَ الْمَغْصُوبُ منه الْغَاصِبَ بِبَدَلِ الْغَصْبِ صَحَّ التَّأْجِيلُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَصِحُّ اسْتِدْلَالًا بِالْقَرْضِ
وَلَنَا عَدَمَ اللُّزُومِ في الْقَرْضِ لِكَوْنِهِ جَارِيًا مَجْرَى الْإِعَارَةِ لِمَا بُيِّنَ في كِتَابِ الْقَرْضِ وَالْأَجَلُ لَا يَلْزَمُ في الْعَوَارِيِّ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجَدُ في الْغَصْبِ فَيَلْزَمُهُ وَهَذَا لِأَنَّ الْأَصْلَ هو لُزُومُ التَّأْجِيلِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ صَدَرَ من أَهْلِهِ في مَحَلِّهِ وهو الدَّيْنُ إلَّا أَنَّ عَدَمَ اللُّزُومِ في بَابِ الْقَرْضِ لِضَرُورَةِ الْإِعَارَةِ ولم يُوجَدْ هَهُنَا فَيَلْزَمُ على الْأَصْلِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا مِلْكُ الْغَاصِبِ الْمَضْمُونِ فَالْكَلَامُ في هذا الْحُكْمِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَصْلِ الْحُكْمِ أَنَّهُ سَبَبٌ أَمْ لَا وفي بَيَانِ وَقْتِ ثُبُوتِهِ وفي بَيَانِ صِفَةِ الْحُكْمِ الثَّابِتِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فيه قال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ يَثْبُتُ إذَا كان الْمَحَلُّ قَابِلًا لِلثُّبُوتِ ابْتِدَاءً

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَثْبُتُ أَصْلًا حتى إن من غَصَبَ عَبْدًا وَاكْتَسَبَ في يَدِ الْغَاصِبِ ثُمَّ هَلَكَ الْعَبْدُ وَضَمِنَ الْغَاصِبُ قِيمَتَهُ فَالْكَسْبُ مِلْكٌ لِلْغَاصِبِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ مِلْكٌ لِلْمَالِكِ
وَلَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ الْمَغْصُوبُ من يَدِ الْغَاصِبِ وَعَجَزَ عن رَدِّهِ إلَى الْمَالِكِ فَالْمَغْصُوبُ منه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ انْتَظَرَ إلَى أَنْ يَظْهَرَ وَإِنْ شَاءَ لم يَنْتَظِرْ وَضَمِنَ الْغَاصِبُ قِيمَتَهُ وَلَوْ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ ثُمَّ ظَهَرَ الْعَبْدُ يُنْظَرُ إنْ أَخَذَ صَاحِبُهُ الْقِيمَةَ بِقَوْلِ نَفْسِهِ التي سَمَّاهَا وَرَضِيَ بها أو بِتَصَادُقِهِمَا عليه أو بِقِيَامِ الْبَيِّنَةِ أو بِنُكُولِ الْغَاصِبِ عن الْيَمِينِ فَلَا سَبِيلَ له على الْعَبْدِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يَأْخُذُ عَبْدَهُ بِعَيْنِهِ وَلَوْ كان الْمَغْصُوبُ مُدَبَّرًا يَعُودُ على مِلْكِ الْمَالِكِ بِالْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمَالِكَ لَا بُدَّ له من سَبَبٍ وَالْغَصْبُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ وَالْمِلْكُ نِعْمَةٌ وَكَرَامَةٌ فَلَا يُسْتَفَادُ بِالْمَحْظُورِ وَلِأَنَّ ضَمَانَ الْغَصْبِ لَا يُقَابِلُ الْعَيْنَ وَإِنَّمَا يُقَابِلُ الْيَدَ الْفَائِتَةَ فَلَا تُمْلَكُ بِهِ الْعَيْنُ كما في غَصْبِ الْمُدَبَّرِ
وَلَنَا أَنَّ مِلْكَ الْغَاصِبِ يَزُولُ عن الضَّمَانِ فَلَوْ لم يَزُلْ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ منه عن الْمَضْمُونِ لم يَكُنْ الِاعْتِدَاءُ بِالْمِثْلِ وَلِأَنَّهُ إذَا زَالَ مِلْكُ الْغَاصِبِ عن الضَّمَانِ وَأَنَّهُ بَدَلُ الْمَغْصُوبِ لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِقِيمَتِهِ وَمَلَكَ الْمَغْصُوبُ منه الْبَدَلَ بِكَمَالِهِ لو لم يَزُلْ مِلْكُهُ عن الْمَغْصُوبِ لَاجْتَمَعَ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ في مِلْكِ الْمَالِكِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وإذا زَالَ مِلْكُ الْمَالِكِ عن الْمَغْصُوبِ فَالْغَاصِبُ أَثْبَتَ يَدَهُ على مَالٍ قَابِلٍ لِلْمِلْكِ لَا مِلْكَ لِأَحَدٍ فيه فَيَمْلِكُهُ كما يَمْلِكُ الْحَطَبَ وَالْحَشِيشَ بِإِثْبَاتِ يَدِهِ عَلَيْهِمَا
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ ما هو سَبَبُ الْمِلْكِ فَهُوَ مُبَاحٌ لَا حَظْرَ فيه فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ الْمِلْكُ بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ ابْتِدَاءَ الْمِلْكِ فَيَزُولُ مِلْكُ الْمَالِكِ لَكِنْ لَا يَمْلِكُهُ الْغَاصِبُ لِعَدَمِ قَبُولِ الْمَحِلِّ للمتملك (((التملك))) ابْتِدَاءً وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ أَخَذَ صَاحِبُهُ الْقِيمَةَ بِقَوْلِ الْغَاصِبِ بِأَنْ اخْتَلَفَا في الْقِيمَةِ وَقَضَى الْقَاضِي بِالْقِيمَةِ بِقَوْلِ الْغَاصِبِ وَيَمِينِهِ ثُمَّ ظَهَرَ الْعَبْدُ ذَكَرَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْمَغْصُوبَ منه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ رضي بِالْمَأْخُوذِ وَتَرَكَ الْعَبْدَ عِنْدَ الْغَاصِبِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْمَأْخُوذَ وَأَخَذَ الْعَبْدَ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَأْخُوذَ بَعْضُ بَدَلِ الْعَيْنِ لَا كُلُّهُ فلم يَمْلِكْ بَدَلَ الْمَغْصُوبِ بِكَمَالِهِ فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ
وَإِنْ أَرَادَ اسْتِرْدَادَ الْعَبْدِ فَلِلْغَاصِبِ أَنْ يَحْبِسَ الْعَبْدَ حتى يَأْخُذَ الْقِيمَةَ وَلَوْ مَاتَ الْعَبْدُ في يَدِ الْغَاصِبِ قبل رَدِّ الْقِيمَةِ لَا يَرُدُّ الْقِيمَةَ وَلَكِنْ يَأْخُذُ من الْغَاصِبِ فَضْلَ الْقِيمَةِ إنْ كان في قِيمَةِ الْعَبْدِ فَضْلٌ على ما أَخَذَهُ وَإِنْ لم يَكُنْ فيها فَضْلٌ فَلَا شَيْءَ له سِوَى الْقِيمَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إذَا ظَهَرَ الْعَبْدُ وَقِيمَتُهُ أَكْثَرُ مِمَّا قَالَهُ الْغَاصِبُ فَالْمَغْصُوبُ منه بِالْخِيَارِ على ما بَيَّنَّا فَأَمَّا إذَا كانت قِيمَتُهُ مِثْلَ ما قال الْغَاصِبُ أو أَقَلَّ منه فَلَا سَبِيلَ لِصَاحِبِهِ عليه
وَهَكَذَا فَصَّلَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ رضي بِزَوَالِ مِلْكِهِ بهذا الْبَدَلِ وفي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَثْبَتَ الْخِيَارَ من غَيْرِ تَفْصِيلٍ
وَلَوْ اخْتَلَفَا في زِيَادَةِ الْقِيمَةِ فَادَّعَى الْغَاصِبُ أنها حَدَثَتْ بَعْدَ التَّضْمِينِ وَادَّعَى الْمَغْصُوبُ منه أنها كانت قَبْلَهُ كان الْجَصَّاصُ يقول من تِلْقَاءِ نَفْسِهِ إن الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَاصِبِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ قد صَحَّ فَلَا يَفْسَخُ الشَّكُّ
وَأَمَّا وَقْتُ ثُبُوتِ الْمِلْكِ فَهُوَ وَقْتُ وُجُودِ الْغَصْبِ لِأَنَّ الْمِلْكَ في الضَّمَانِ يَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ وُجُودِ الْغَصْبِ فَكَذَا

فِي الْمَضْمُونِ فَيَظْهَرُ فِي الْكَسْبِ وَالْغَلَّةِ وَالرِّبْحِ وَأَمَّا شَرْطُ ثُبُوتِ الْمِلْكِ في الْمَضْمُونِ فما هو شَرْطُ ثُبُوتِ الْمِلْكِ في الضَّمَانِ وهو اخْتِيَارُ الضَّمَانِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَالْمَغْصُوبُ قبل اخْتِيَارِ الضَّمَانِ على حُكْمِ مِلْكِهِ عِنْدَهُ فإنه لو أَرَادَ أَنْ لَا يَخْتَارَ الضَّمَانَ حتى يَهْلَكَ الْمَغْصُوبُ على مِلْكِهِ وَيَكُونُ له ثَوَابُ هَلَاكِهِ على مِلْكِهِ وَيُخَاصِمُ الْغَاصِبَ في الْقِيمَةِ له ذلك

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ هذا ليس بِشَرْطٍ وَيَثْبُتُ الْمِلْكُ قبل الِاخْتِيَارِ في الضَّمَانِ وَالْمَضْمُونِ جميعا

وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يُبْنَى الصُّلْحُ عن الْمَغْصُوبِ الذي لَا مِثْلَ له على إضعاف قِيمَتِهِ أَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ

وَوَجْهُ الْبِنَاءِ أَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ الضَّمَانُ بِنَفْسِ الْهَلَاكِ عِنْدَهُمَا وهو مَالٌ مُقَدَّرٌ وَالزِّيَادَةُ عليه تَكُونُ رِبًا وَلَمَّا تَوَقَّفَ الْوُجُوبُ على اخْتِيَارِ الْمَالِكِ عِنْدَهُ ولم يُوجَدْ منه الِاخْتِيَارُ كان الصُّلْحُ تَقْدِيرًا لِقِيمَةِ الْمَغْصُوبِ هذا الْقَدْرَ وَتَمْلِيكًا لِلْمَغْصُوبِ بِهِ كَأَنَّهُ بَاعَهُ من الْغَاصِبِ بِهِ فَجَازَ

وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى أَعْلَمُ

وَأَمَّا صِفَةُ الْمِلْكِ الثَّابِتِ لِلْغَاصِبِ في الْمَضْمُونِ فَلَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا في أَنَّ الْمِلْكَ الثَّابِتَ له يَظْهَرُ في حَقِّ نَفَاذِ التَّصَرُّفَاتِ حتى لو بَاعَهُ أو وَهَبَهُ أو تَصَدَّقَ بِهِ قبل أَدَاءِ الضَّمَانِ يَنْفُذُ كما تَنْفُذُ هذه التَّصَرُّفَاتُ في الْمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا

وَاخْتَلَفُوا في أَنَّهُ هل يُبَاحُ له الِانْتِفَاعُ بِهِ بِأَنْ يَأْكُلَهُ بِنَفْسِهِ أو يُطْعِمَهُ غَيْرَهُ قبل أَدَاءِ الضَّمَانِ فإذا حَصَلَ فيه فَضْلٌ هل يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ حتى يرضى صَاحِبَهُ

وَإِنْ كان فَضْلٌ يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ

وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ وَلَا يَلْزَمُهُ التَّصَدُّقَ بِالْفَضْلِ إنْ كان فيه فَضْلٌ وهو قَوْلُ الْحَسَنِ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وهو الْقِيَاسُ وَقَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ اسْتِحْسَانٌ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْمَغْصُوبَ مَضْمُونٌ لَا شَكَّ فيه وهو مَمْلُوكٌ لِلْغَاصِبِ من وَقْتِ الْغَصْبِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا فَلَا مَعْنَى لِلْمَنْعِ من الِانْتِفَاعِ وَتَوْقِيفِ الْحِلِّ على رِضَا غَيْرِ الْمَالِكِ كما في سَائِرِ أَمْلَاكِهِ وَيَطِيبُ له الرِّبْحُ لِأَنَّهُ رِبْحُ ما هو مَضْمُونٌ وَمَمْلُوكٌ وَرِبْحُ ما هو مَضْمُونٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ يَطِيبُ له عِنْدَهُ لِمَا نَذْكُرُ فَرِبْحُ الْمَمْلُوكِ الْمَضْمُونِ أَوْلَى

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ ما رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَضَافَهُ قَوْمٌ من الْأَنْصَارِ فَقَدَّمُوا إلَيْهِ شَاةً مَصْلِيَّةً فَجَعَلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَمْضُغُهُ وَلَا يُسِيغُهُ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنَّ هذه الشَّاةَ لَتُخْبِرُنِي أنها ذُبِحَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ

فَقَالُوا هذه الشَّاةُ لِجَارٍ لنا ذَبَحْنَاهَا لترضيه (((لنرضيه))) بِثَمَنِهَا فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَطْعِمُوهَا الْأَسَارَى أَمَرَ بِأَنْ يُطْعِمُوهَا الْأَسَارَى ولم يَنْتَفِعْ بِهِ وَلَا أَطْلَقَ لِأَصْحَابِهِ الِانْتِفَاعَ بها

وَلَوْ كان حَلَالًا طَيِّبًا لَأَطْلَقَ مع خَصَاصَتِهِمْ وَشِدَّةِ حَاجَتِهِمْ إلَى الْأَكْلِ وَلِأَنَّ الطَّيِّبَ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِالْمِلْكِ الْمُطْلَقِ وفي هذا الْمِلْكِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ من وَقْتِ الْغَصْبِ بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ وَالْمُسْتَنَدُ يَظْهَرُ من وَجْهٍ وَيَقْتَصِرُ على الْحَالِ من وَجْهٍ فَكَانَ في وُجُودِهِ من وَقْتِ الْغَصْبِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الْحِلُّ

وَالطَّيِّبُ وَلِأَنَّ الْمِلْكَ مِن وَجْهٍ حَصَلَ بِسَبَبٍ مَحْظُورٍ أو وَقَعَ مَحْظُورًا بِابْتِدَائِهِ فَلَا يَخْلُو من خُبْثٍ وَلِأَنَّ إبَاحَةَ الِانْتِفَاعِ قبل الْإِرْضَاءِ يُؤَدِّي إلَى تَسْلِيطِ السُّفَهَاءِ على أَكْلِ أَمْوَالِ الناس بِالْبَاطِلِ وَفَتْحِ بَابِ الظُّلْمِ على الظَّلَمَةِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أَنَّهُ لَا يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ بِالدَّقِيقِ حتى يُرْضِيَ صَاحِبَهُ
وَلَوْ غَصَبَ حِنْطَةً فَزَرَعَهَا قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ يُكْرَهُ له أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ حتى يُرْضِيَ صَاحِبَهُ وَيَتَصَدَّقَ بِالْفَضْلِ
وقال أبو يُوسُفَ لَا يُكْرَهُ له الِانْتِفَاعُ بِهِ قبل أَدَاءِ الضَّمَانِ وَلَا يَلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ بِالْفَضْلِ فَظَاهِرُ هذا الْإِطْلَاقِ يَدُلُّ على أَنَّ عِنْدَهُمَا يُكْرَهُ الِانْتِفَاعُ بِهِ حتى يَرْضَى صَاحِبُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ
وَفَرَّقَ أبو يُوسُفَ بين الزَّرْعِ وَالطَّحْنِ فقال في الطَّحْنِ مِثْلَ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لَا يَحِلُّ الِانْتِفَاعُ بِهِ حتى يرضى صَاحِبَهُ لِأَنَّ الْحِنْطَةَ لم تَهْلَكْ بِالطَّحْنِ وَإِنَّمَا تَغَيَّرَتْ صِفَتُهَا من التَّرْكِيبِ إلَى التَّفْرِيقِ فكان عَيْنَ الْحِنْطَةِ قَائِمَةٌ فَكَانَ حَقُّ الْمَالِكِ فيها قَائِمًا خِلَافَ الزَّرْعِ لِأَنَّ الْبَذْرَ يَهْلَكُ بِالزِّرَاعَةِ لِأَنَّهُ يَغِيبُ في الْأَرْضِ فَيَخْرُجُ من أَنْ يَكُونَ مَالًا مُتَقَوِّمًا فلم يَبْقَ لِلْمَالِكِ فيه حَقٌّ فلم يُكْرَهْ الِانْتِفَاعُ بِهِ
وَكَذَلِكَ قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ غَصَبَ نَوًى فَصَارَ نَخْلًا أَنَّهُ يَحِلُّ الِانْتِفَاعُ بِهِ كما في الْحِنْطَةِ إذَا زَرَعَهَا
وقال في الْوَدِيِّ إذَا غَرَسَهُ فَصَارَ نَخْلًا أَنَّهُ يُكْرَهُ الِانْتِفَاعُ بِهِ حتى يرضى صَاحِبَهُ لِأَنَّ النَّوَى يَعْفَنُ وَيَهْلَكُ وَالْوَدِيُّ يَزِيدُ في نَفْسِهِ
وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ في الشَّاةِ إذَا ذَبَحَهَا فَشَوَاهَا أَنَّهُ لَا يَسَعُ له أَنْ يَأْكُلَهَا وَلَا يُطْعِمَ أَحَدًا حتى يَضْمَنَ الْقِيمَةَ وَإِنْ كان صَاحِبُهَا غَائِبًا أو حَاضِرًا لَا يَرْضَى بِالضَّمَانِ لَا يَحِلُّ له أَكْلُهَا
وإذا دَفَعَ الْغَاصِبُ

قِيمَتَهَا يَحِلُّ له الْأَكْلُ كَذَلِكَ إذَا ضَمَّنَهُ الْمَالِكُ الْقِيمَةَ أو ضَمَّنَهُ الْحَاكِمُ وَهَذَا عِنْدِي ليس بِاخْتِلَافِ رِوَايَةٍ بَلْ هذه الرِّوَايَةُ تَفْسِيرٌ لِلْأُولَى لِأَنَّ قَوْلَهُ حتى يَرْضَى صَاحِبُهُ بِحِلِّهِ يَحْتَمِلُ الْإِرْضَاءَ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَيَحْتَمِلُ الْإِرْضَاءَ بِاخْتِيَارِ الضَّمَانِ فَالْمَذْكُورُ هَهُنَا مُفَسَّرٌ فَيُحْمَلُ الْمُجْمَلُ على الْمُفَسَّرِ فَيُحْمَلُ قَوْلُهُ حتى يُرْضِيَهُ على الْإِرْضَاءِ بِاخْتِيَارِ الضَّمَانِ وَرِضَاهُ لَا على الْإِرْضَاءِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ تَوْفِيقًا بين الرِّوَايَتَيْنِ فَلَا يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ بِهِ قبل اخْتِيَارِ الضَّمَانِ وَيَحِلُّ بَعْدَهُ سَوَاءٌ أَدَّى الضَّمَانَ أو لَا وَهَذَا قَوْلُهُمَا وهو قِيَاسُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ في الشَّاةِ الْمَشْوِيَّةِ أَنَّهُ يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ بها فَيَأْكُلُهَا وَيُطْعِمُهَا من شَاءَ سَوَاءٌ أَدَّى الضَّمَانَ أَمْ لَا وَلَا خِلَافَ في أَنَّهُ إذَا أَدَّى الضَّمَانَ أَنَّهُ يَحِلُّ له الْأَكْلُ
وَكَذَلِكَ إذَا أبرأ (((أبرأه))) عن الضَّمَانِ
وَكَذَلِكَ إذَا ضَمَّنَهُ الْمَالِكُ الْقِيمَةَ أو ضَمَّنَهُ الْقَاضِي لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يُضَمِّنُهُ إلَّا بَعْدَ طَلَبِهِ فَكَانَ منه اخْتِيَارًا لِلضَّمَانِ وَرِضًا بِهِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ الْغَلَّةُ أَنَّهُ يَضْمَنُ النُّقْصَانَ وَالْغَلَّةَ له وَيَتَصَدَّقُ بها في قَوْلِهِمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ هِيَ طَيِّبَةٌ
أَمَّا ضَمَانُ النُّقْصَانِ فَلِأَنَّ الِاسْتِغْلَالَ وَقَعَ إتْلَافًا فَيَضْمَنُ قَدْرَ ما أَتْلَفَ وَيَطِيبُ له

قَدْرُ الْمَضْمُونِ لِأَنَّ ذلك الْقَدْرَ ليس بِرِبْحٍ وَالنَّهْيُ وَقَعَ عن الرِّبْحِ
وَأَمَّا الْغَلَّةُ فَلِلْغَاصِبِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلْمَالِكِ وَهِيَ فُرَيْعَةُ مَسْأَلَةِ الْمَنَافِعِ وقد مَرَّتْ في مَوْضِعِهَا
وَأَمَّا التَّصَدُّقُ بِالْغَلَّةِ وَهِيَ الْأُجْرَةُ عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّهَا خَبِيثَةٌ لِحُصُولِهَا بِسَبَبٍ خَبِيثٍ فَكَانَ سَبِيلُهَا التَّصَدُّقَ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نهى عن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ وَهَذَا رِبْحٌ مَضْمُونٌ
وَالْجَوَابُ أَنَّ التَّحْرِيمَ لِعَدَمِ الضَّمَانِ يَدُلُّ على التَّحْرِيمِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى لِأَنَّ الْمِلْكَ فَوْقَ الضَّمَانِ
وَلَوْ غَصَبَ أَرْضًا فَزَرَعَهَا كُرًّا فَنَقَصَتْهَا الزِّرَاعَةُ وَأَخْرَجَتْ ثَلَاثَةَ أَكْرَارٍ يَغْرَمُ النُّقْصَانَ وَيَأْخُذُ رَأْسَ الْمَالِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ
أَمَّا ضَمَانُ النُّقْصَانِ فَلِأَنَّ الْغَاصِبَ نَقَصَ الْأَرْضَ بِالزِّرَاعَةِ وَذَلِكَ إتْلَافٌ منه وَالْعَقَارُ مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ بِلَا خِلَافٍ
وَأَمَّا التَّصَدُّقُ بِالْفَضْلِ فَلِحُصُولِهِ بِسَبَبٍ خَبِيثٍ وَهِيَ الزِّرَاعَةُ في أَرْضِ الْغَصْبِ وَإِنْ كان الْبَذْرُ مِلْكًا له وَيَطِيبُ له قَدْرُ النُّقْصَانِ وَقَدْرُ الْبَذْرِ لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّ النَّهْيَ وَرَدَ عن الرِّبْحِ وَذَا ليس بِرِبْحٍ فلم يَحْرُمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ أَلْفًا فَاشْتَرَى جَارِيَةً فَبَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَى بِالْأَلْفَيْنِ جَارِيَةً فَبَاعَهَا بِثَلَاثَةِ آلَافٍ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّبْحِ في قَوْلِهِمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ رِبْحٌ مَضْمُونٌ مَمْلُوكٌ لِأَنَّهُ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ يَمْلِكُهُ مُسْتَنِدًا إلَى وَقْتِ الْغَصْبِ وَمُجَرَّدُ الضَّمَانِ يَكْفِي لِلطِّيبِ فَكَيْفَ إذَا اجْتَمَعَ الضَّمَانُ وَالْمِلْكُ وَهُمَا يَقُولَانِ الطِّيبَ كما لَا يَثْبُتُ بِدُونِ الضَّمَانِ لَا يَثْبُتُ بِدُونِ الْمِلْكِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى وفي هذا الْمِلْكِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ فَلَا يُفِيدُ الطِّيبُ
وَلَوْ اشْتَرَى بِالْأَلْفِ جَارِيَةً تُسَاوِي أَلْفَيْنِ فَوَهَبَهَا أو اشْتَرَى بِهِ طَعَامًا يُسَاوِي أَلْفَيْنِ فَأَكَلَهُ لم يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ لم يَحْصُلْ له الرِّبْحُ وَلِأَنَّ الْخَبَثَ إنَّمَا يَثْبُتُ بِشُبْهَةِ عَدَمِ الْمِلْكِ وَالشُّبْهَةُ تُوجِبُ التَّصَدُّقَ إما لَا تُوجِبُ التَّضْمِينَ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا خَلَطَ الْمُسْتَوْدِعُ إحْدَى الْوَدِيعَتَيْنِ بِالْأُخْرَى خَلْطًا لَا يَتَمَيَّزُ أَنَّ الْمَخْلُوطَ يَصِيرُ مِلْكًا له عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَكِنْ لَا يَطِيبُ له حتى يرضى صَاحِبَهُ على ما نَذْكُرهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَوْ اشْتَرَى بِالدَّرَاهِمِ الْمَغْصُوبَةِ شيئا هل يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ بِهِ أو يَلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجَعَلَ ذلك على أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ إمَّا أَنْ يُشِيرَ إلَيْهَا وَيَنْقُدَ منها وأما أَنْ يُشِيرَ إلَيْهَا وَيَنْقُدَ من غَيْرِهَا وأما أَنْ يُشِيرَ إلَى غَيْرِهَا وَيَنْقُدَ منها وَإِمَّا أَنْ يُطْلِقَ إطْلَاقًا وَيَنْقُدَ منها
وَإِذَا ثَبَتَ الطِّيبُ في الْوُجُوهِ كُلِّهَا إلَّا في وَجْهٍ وَاحِدٍ وهو أَنْ يَجْمَعَ بين الْإِشَارَةِ إلَيْهَا وَالنَّقْدِ منها
وَذَكَرَ أبو نَصْرٍ الصَّفَّارُ وَالْفَقِيهُ أبو اللَّيْثِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ يَطِيبُ في الْوُجُوهِ كُلِّهَا وَذَكَرَ أبو بَكْرٍ الْإِسْكَافُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَطِيبُ في الْوُجُوهِ كُلِّهَا وهو الصَّحِيحُ
وَجْهُ قَوْلِ أبي نَصْرٍ وَأَبِي اللَّيْثِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى أَنَّ الْوَاجِبَ في ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي دَرَاهِمُ مُطْلَقَةٌ وَالْمَنْقُودَةُ بَدَلٌ عَمَّا في الذِّمَّةِ أَمَّا عِنْدَ عَدَمِ الْإِشَارَةِ فَظَاهِرٌ وَكَذَا عِنْدَ الْإِشَارَةِ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ إلَى الدَّرَاهِمِ لَا تُفِيدُ التَّعْيِينَ فَالْتَحَقَتْ الْإِشَارَةُ إلَيْهَا بِالْعَدَمِ فَكَانَ الْوَاجِبُ في ذِمَّتِهِ دَرَاهِمَ مُطْلَقَةً وَالدَّرَاهِمُ الْمَنْقُودَةُ بَدَلًا عنها فَلَا يَخْبُثُ الْمُشْتَرِي وَالْكَرْخِيُّ كَذَلِكَ يقول إذَا لم تَتَأَكَّدْ الْإِشَارَةُ بِمُؤَكِّدٍ وهو النَّقْدُ منها فإذا تَأَكَّدَتْ بِالنَّقْدِ منها تَعَيَّنَ الْمُشَارُ إلَيْهِ فَكَانَ الْمَنْقُودُ بَدَلَ الْمُشْتَرَى فَكَانَ خَبِيثًا

وَجْهُ قَوْلِ أبي بَكْرٍ أَنَّهُ اسْتَفَادَ بِالْحَرَامِ مِلْكًا من طَرِيقِ الْحَقِيقَةِ أو الشُّبْهَةِ

فَيَثْبُتُ الْخَبَثُ وَهَذَا لِأَنَّهُ إنْ أَشَارَ إلَى الدَّرَاهِمِ الْمَغْصُوبَةِ فَالْمُشَارُ إلَيْهِ إنْ كان لَا يَتَعَيَّنُ في حَقِّ الِاسْتِحْقَاقِ يَتَعَيَّنُ في حَقِّ جَوَازِ الْعَقْدِ بِمَعْرِفَةِ جِنْسِ النَّقْدِ وَقَدْرِهِ فَكَانَ الْمَنْقُودُ بَدَلَ الْمُشْتَرَى من وَجْهٍ نُقِدَ منها أو من غَيْرِهَا وَإِنْ لم يُشِرْ إلَيْهَا وَنَقَدَ منها فَقَدْ اسْتَفَادَ بِذَلِكَ سَلَامَةَ الْمُشْتَرَى فَتَمَكَّنَتْ الشُّبْهَةُ فَيَخْبُثُ الرِّبْحُ وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ في الْجَامِعَيْنِ وَالْمُضَارَبَةُ دَلِيلُ صِحَّةِ هذا الْقَوْلِ وَمِنْ مَشَايِخِنَا من اخْتَارَ الْفَتْوَى في زَمَانِنَا بِقَوْلِ الْكَرْخِيِّ تَيْسِيرًا لِلْأَمْرِ على الناس لِازْدِحَامِ الْحَرَامِ وَجَوَابُ الْكُتُبِ أَقْرَبُ إلَى التَّنَزُّهِ وَالِاحْتِيَاطِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَلِأَنَّ دَرَاهِمَ الْغَصْبِ مُسْتَحَقَّةُ الرَّدِّ على صَاحِبِهَا وَعِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ من الْأَصْلِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمُشْتَرَى كان مَقْبُوضًا بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فلم يَحِلَّ الِانْتِفَاعُ بِهِ وَلَوْ تَزَوَّجَ بِالدَّرَاهِمِ الْمَغْصُوبَةِ امْرَأَةً وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا بِخِلَافِ الشِّرَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ يَنْفَسِخُ الشِّرَاءُ وَالنِّكَاحُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَلَوْ كان الْمَغْصُوبُ ثَوْبًا فَاشْتَرَى بِهِ جَارِيَةً لَا يَسَعُهُ أَنْ يَطَأَهَا وَلَوْ تَزَوَّجَ عليه امْرَأَةً حَلَّ له وَطْؤُهَا لِمَا قُلْنَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِحَالِ نُقْصَانِ الْمَغْصُوبِ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ ما يَكُونُ مَضْمُونًا من النُّقْصَانِ وما لَا يَكُونُ مَضْمُونًا منه
وَالثَّانِي في بَيَانِ طَرِيقِ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا عَرَضَ في يَدِ الْغَاصِبِ ما يُوجِبُ نُقْصَانَ قِيمَةِ الْمَغْصُوبِ وَالْعَارِضُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ تغير (((بغير))) السِّعْرِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فَوَاتَ جُزْءٍ من الْمَغْصُوبِ أو فَوَاتَ صِفَةٍ مَرْغُوبٍ فيها أو مَعْنًى مَرْغُوبٍ فيه
فَإِنْ كان تغير (((بغير))) السِّعْرِ لم يَكُنْ مَضْمُونًا لِأَنَّ الْمَضْمُونَ نُقْصَانُ الْمَغْصُوبِ وَنُقْصَانُ السِّعْرِ ليس بِنُقْصَانِ الْمَغْصُوبِ بَلْ لِفُتُورٍ يُحْدِثُهُ اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ في قُلُوبِ الْعِبَادِ لَا صُنْعَ لِلْعَبْدِ فيه فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا
وَإِنْ كان فَوَاتُ جُزْءٍ من الْمَغْصُوبِ أو فَوَاتُ صِفَةٍ مَرْغُوبٍ فيها أو مَعْنًى مَرْغُوبٍ فيه فَالْمَغْصُوبُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ من غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ من أَمْوَالِ الرِّبَا فَإِنْ كان من غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا يَكُونُ مَضْمُونًا إذَا لم يَكُنْ لِلْمَغْصُوبِ منه فيه صُنْعٌ وَلَا اخْتِيَارٌ لِأَنَّهُ هَلَكَ بَعْضُ الْمَغْصُوبِ صُورَةً وَمَعْنًى أو مَعْنًى لَا صُورَةً وَهَلَاكُ كل الْمَغْصُوبِ مَضْمُونٌ بِكُلِّ الْقِيمَةِ فَهَلَاكُ بَعْضِهِ يَكُونُ مَضْمُونًا بِقَدْرِهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ ضَمَانَ الْغَصْبِ ضَمَانُ جَبْرِ الْفَائِتِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْفَوَاتِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا سَقَطَ عُضْوٌ من الْمَغْصُوبِ في يَدِ الْغَاصِبِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو لَحِقَهُ زَمَانَةٌ أو عَرَجٌ أو شَلَلٌ أو عَمًى أو عَوَرٌ أو صَمَمٌ أو بَكَمٌ أو حُمَّى أو مَرَضٌ آخَرُ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ الْمَوْلَى وَيُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ لِوُجُودِ فَوَاتِ جُزْءٍ من الْبَدَنِ أو فَوَاتِ صِفَةٍ مَرْغُوبٍ فيها
وَلَوْ زَالَ الْبَيَاضُ من عَيْنِهِ في يَدِ الْمَوْلَى أو أَقْلَعَ الْحُمَّى رَدَّ على الْغَاصِبِ ما أَخَذَهُ منه بِسَبَبِ النُّقْصَانِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ ذلك النُّقْصَانَ لم يَكُنْ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ

لِانْعِدَامِ شَرْطِ الْوُجُوبِ وهو الْعَجْزُ عن الِانْتِفَاعِ على طَرِيقِ الدَّوَامِ وَكَذَلِكَ لو أَبَقَ الْمَغْصُوبُ من يَدِ الْغَاصِبِ من عَبْدٍ أو أَمَةٍ إذَا لم يَكُنْ أَبَقَ قبل ذلك أو زَنَتْ الْجَارِيَةُ الْمَغْصُوبَةُ أو سَرَقَتْ إذَا لم تَكُنْ زَنَتْ قبل ذلك لِفَوَاتِ مَعْنًى مَرْغُوبٍ فيه وهو الصِّيَانَةُ عن هذه الْقَاذُورَاتِ وَلِهَذَا كانت عُيُوبًا مُوجِبَةً لِلرَّدِّ في بَابِ الْبَيْعِ وَجُعْلُ الْآبِقِ على الْمَالِكِ وَهَلْ يُرْجَعُ بِهِ على الْغَاصِبِ قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُرْجَعُ

وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُرْجَعُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْجُعْلَ من ضَرُورَاتِ رَدِّ الْمَغْصُوبِ لِأَنَّ رَدَّ الْمَغْصُوبِ وَاجِبٌ على الْغَاصِبِ وَلَا يُمْكِنُهُ الرَّدُّ إلَّا بِإِعْطَاءِ الْجُعْلِ فَكَانَ من ضَرُورَاتِ الرَّدِّ فَيَكُونُ عليه مُؤْنَةُ الرَّدِّ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْجُعْلَ إنَّمَا يَجِبُ بِحَقِّ الملك (((المالك))) وَالْمِلْكُ لِلْمَغْصُوبِ منه فَيَكُونُ الْجُعْلُ عليه كَمُدَاوَاةِ الْجِرَاحَةِ وَلَوْ قَتَلَ الْعَبْدُ الْمَغْصُوبُ أو الْجَارِيَةُ الْمَغْصُوبَةُ في يَدِ الْغَاصِبِ قَتِيلًا أو جَنَى على حُرٍّ أو عَبْدٍ في نَفْسٍ أو ما دُونَهَا جِنَايَةً رُدَّ إلَى مَوْلَاهُ وَيُقَالُ له ادْفَعْهُ بِجِنَايَتِهِ أو افْدِهِ لِأَنَّ الْمِلْكَ له وَيَرْجِعُ الْمَوْلَى على الْغَاصِبِ بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّ هذا الضَّمَانَ إنَّمَا وَجَبَ بِسَبَبٍ كان في ضَمَانِهِ

وَلَوْ اسْتَهْلَكَ لِرَجُلٍ مَالًا يُخَاطَبُ الْمَوْلَى بِالْبَيْعِ أو الْفِدَاءِ وَيَرْجِعُ على الْغَاصِبِ بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِمَّا أَدَّاهُ عنه من الدَّيْنِ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ قَتَلَ الْمَغْصُوبُ نَفْسَهُ في يَدِ الْغَاصِبِ ضَمِنَ الْغَاصِبُ قِيمَتَهُ بِالْغَصْبِ وَلَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ بِقَتْلِ نَفْسِهِ لِأَنَّ قَتْلَهُ نَفْسَهُ هَدَرٌ فَصَارَ كَمَوْتِهِ حَتْفَ أَنْفِهِ

وَلَوْ كان الْمَغْصُوبُ أَمَةً فَوَلَدَتْ ثُمَّ قَتَلَتْ وَلَدَهَا ثُمَّ مَاتَتْ ضَمِنَ قِيمَةَ الْأُمِّ وَلَا يَضْمَنُ قِيمَةَ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ

وَكَذَلِكَ إذَا كَبِرَ الْمَغْصُوبُ في يَدِ الْغَاصِبِ من الْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ بِأَنْ غَصَبَ عَبْدًا شَابًّا فَشَاخَ في يَدِ الْغَاصِبِ أو جَارِيَةً شَابَّةً فَصَارَتْ

عَجُوزًا في يَدِهِ ضَمِنَ النُّقْصَانَ لِأَنَّ الْكِبَرَ يُوجِبُ فَوَاتَ جُزْءٍ أو صِفَةٍ مَرْغُوبٍ فيها وَكَذَلِكَ إذَا غَصَبَ جَارِيَةً نَاهِدًا فَانْكَسَرَ ثَدْيُهَا في يَدِ الْغَاصِبِ لِأَنَّ نُهُودَ الثَّدْيَيْنِ صِفَةٌ مَرْغُوبٌ فيها

أَلَا يَرَى إلَى قَوْلِهِ عز وجل { وَكَوَاعِبَ أَتْرَابًا }

وَأَمَّا نَبَاتُ اللِّحْيَةِ لِلْأَمْرَدِ فَلَيْسَ بِمَضْمُونٍ لِأَنَّهُ ليس بِنُقْصَانٍ بَلْ هو زِيَادَةٌ في الرِّجَالِ

أَلَا تَرَى أَنَّ حَلْقَ اللِّحْيَةِ يُوجِبُ كَمَالَ الدِّيَةِ

وَكَذَلِكَ لو غَصَبَ عَبْدًا قَارِئًا فنسي الْقُرْآنَ الْعَظِيمَ أو مُحْتَرِفًا فنسي الْحِرْفَةَ يَضْمَنُ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْقُرْآنِ وَالْحِرْفَةِ مَعْنًى مَرْغُوبٌ فيه

وَأَمَّا حَبَلُ الْجَارِيَةِ الْمَغْصُوبَةِ بِأَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَحَبَلَتْ في يَدِهِ فَإِنْ كان الْمَوْلَى أَحْبَلَهَا في يَدِ الْغَاصِبِ لَا شَيْءَ على الْغَاصِبِ لِأَنَّ النُّقْصَانَ حَصَلَ بِفِعْلِ الْمَوْلَى فَلَا يَضْمَنُهُ الْغَاصِبُ كما لو قَتَلَهَا الْمَوْلَى في يَدِ الْغَاصِبِ

وَكَذَلِكَ لو حَبَلَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ من زَوْجٍ كان لها في يَدِ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْوَطْءَ من الزَّوْجِ حَصَلَ بِتَسْلِيطِ الْمَوْلَى فَصَارَ كَأَنَّهُ حَصَلَ منه أو حَدَثَ في يَدِهِ

وَإِنْ حَبَلَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ من زِنًا أَخَذَهَا الْمَوْلَى وَضَمَّنَهُ نُقْصَانَ الْحَبَلِ وَالْكَلَامُ في قَدْرِ الضَّمَانِ
قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُنْظَرُ إلَى ما نَقَّصَهَا الْحَبَلُ وَإِلَى أَرْشِ عَيْبِ الزِّنَا فَيَضْمَنُ الْأَكْثَرَ وَيَدْخُلُ الْأَقَلُّ فيه
وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَضْمَنَ الْأَمْرَيْنِ جميعا
وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَخَذَ بِالْقِيَاسِ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْحَبَلَ وَالزِّنَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَيْبٌ على حِدَةٍ فَكَانَ النُّقْصَانُ الْحَاصِلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نُقْصَانًا على حِدَةٍ فَيُفْرَدُ بِضَمَانٍ على حِدَةٍ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْجَمْعَ بين الضَّمَانَيْنِ غَيْرُ مُمْكِنٍ لِأَنَّ نُقْصَانَ الْحَبَلِ إنَّمَا حَصَلَ بِسَبَبِ الزِّنَا فلم يَكُنْ نُقْصَانًا بِسَبَبٍ على حِدَةٍ حتى يُفْرَدَ بِحُكْمٍ على حِدَةٍ فَلَا بُدَّ من إيجَابِ أَحَدِهِمَا فَأَوْجَبْنَا الْأَكْثَرَ لِأَنَّ الْأَقَلَّ يَدْخُلُ في الْأَكْثَرِ وَلَا يُتَصَوَّرُ دُخُولُ الْأَكْثَرِ في الْأَقَلِّ فَإِنْ رَدَّهَا الْغَاصِبُ حَامِلًا فَمَاتَتْ في يَدِ الْمَوْلَى من الْوِلَادَةِ فَبَقِيَ وَلَدُهَا ضَمِنَ الْغَاصِبُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا لَا يَضْمَنُ إلَّا نُقْصَانَ الْحَبَلِ خَاصَّةً
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الرَّدَّ وَقَعَ صَحِيحًا من الْغَاصِبِ في الْقَدْرِ الْمَرْدُودِ وهو ما وَرَاءَ الْفَائِتِ بِالْحَبَلِ وَالْهَلَاكُ بَعْدَ الرَّدِّ حَصَلَ في يَدِ الْمَالِكِ بِسَبَبٍ وُجِدَ في يَدِهِ وهو الْوِلَادَةُ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا على الْغَاصِبِ كما لو مَاتَتْ بِسَبَبٍ آخَرَ وَكَمَا لو بَاعَ جَارِيَةً حُبْلَى فَوَلَدَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ثُمَّ مَاتَتْ من نِفَاسِهَا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي على الْبَائِعِ بِشَيْءٍ
كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ بِسَبَبٍ كان في ضَمَانِ الْغَاصِبِ وهو الْحَبَلُ أو الزِّنَا لِأَنَّ ذلك أَفْضَى إلَى الْوِلَادَةِ وَالْوِلَادَةُ أَفْضَتْ إلَى الْمَوْتِ فَكَانَ الْمَوْتُ مُضَافًا إلَى السَّبَبِ السَّابِقِ وإذا حَصَلَ الْهَلَاكُ بِذَلِكَ السَّبَبِ تَبَيَّنَ أَنَّ الرَّدَّ لم يَصِحَّ لِانْعِدَامِ شَرْطِ صِحَّتِهِ وهو أَنْ يَكُونَ الرَّدُّ مِثْلَ الْأَخْذِ من جَمِيعِ الْوُجُوهِ فَصَارَ كَأَنَّهَا وَلَدَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ فَمَاتَتْ من الْوِلَادَةِ وَلَوْ كان كَذَلِكَ يَضْمَنُ الْغَاصِبُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا
كَذَا هذا بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُنَاكَ هو التَّسْلِيمُ ابْتِدَاءً لَا الرَّدُّ وقد وُجِدَ التَّسْلِيمُ فَخَرَجَ عن الْعُهْدَةِ وَبِخِلَافِ الْحُرَّةِ إذَا زَنَا بها مُكْرَهَةً فَمَاتَتْ من الْوِلَادَةِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْأَخْذِ لِيَلْزَمَهُ الرَّدُّ على وَجْهِ الْأَخْذِ بِخِلَافِ الْأَمَةِ
وَلَوْ كانت الْجَارِيَةُ زَنَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ ثُمَّ رَدَّهَا على الْمَالِكِ فَحَدَثَ في يَدِهِ وَنَقَّصَهَا الضَّرْبُ ضَمِنَ الْغَاصِبُ الْأَكْثَرَ من نُقْصَانِ الضَّرْبِ وَمِمَّا نَقَّصَهَا الزِّنَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَعِنْدَهُمَا ليس عليه إلَّا نُقْصَانُ الزِّنَا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن النُّقْصَانَ حَصَلَ في يَدِ الْمَالِكِ بِسَبَبٍ آخَرَ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ النُّقْصَانَ حَصَلَ بِسَبَبٍ كان في ضَمَانِ الْغَاصِبِ فَيُضَافُ إلَى حِينِ وُجُودِ السَّبَبِ في يَدِ الْغَاصِبِ بِسَبَبٍ وُجِدَ في يَدِهِ وهو الضَّرْبُ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا على الْغَاصِبِ كما لو حَصَلَ في يَدِ الْمَالِكِ
فَأَبُو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه نَظَرَ إلَى وَقْتِ وُجُودِ السَّبَبِ وَهُمَا نَظَرَا إلَى وَقْتِ ثُبُوتِ الْحُكْمِ وهو النُّقْصَانُ وَلِهَذَا قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَوَجَدَهُ مُبَاحَ الدَّمِ فَقُتِلَ في يَدِ الْمُشْتَرِي إنه يُنْتَقَضُ الْعَقْدُ وَيُرْجَعُ على الْبَائِعِ بِكُلِّ الْقِيمَةِ
وَكَذَلِكَ لو كان سَارِقًا فَقُطِعَ في يَدِهِ رَجَعَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ اعْتِبَارًا لِلسَّبَبِ السَّابِقِ وَعِنْدَهُمَا يَقْتَصِرُ الْحُكْمُ على الْحَالِ وَيَكُونُ في ضَمَانِ الْمُشْتَرِي وَيَرْجِعُ على الْبَائِعِ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ

فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يُضَافُ النُّقْصَانُ إلَى سَبَبٍ كان في ضَمَانِ الْغَاصِبِ وَذَلِكَ السَّبَبُ لم يُوجِبْ ضَرْبًا جَارِحًا فَكَيْفَ يُضَافُ نُقْصَانُ الْجُرْحِ إلَيْهِ
وَلِهَذَا قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في شُهُودِ الزِّنَا إذَا رَجَعُوا بَعْدَ إقَامَةِ الْجَلَدَاتِ أَنَّهُمْ لَا يُضَمَّنُونَ بِنُقْصَانِ الْجُرْحِ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ لم تُوجِبْ ضَرْبًا جَارِحًا فلم يُضَفْ نُقْصَانُ الْجُرْحِ إلَيْهَا
كَذَا هذا
قِيلَ له إنَّ النُّقْصَانَ لَا يُضَافُ إلَى السَّبَبِ

(7/156)

السَّابِقِ هَهُنَا كما لَا يُضَافُ إلَى شَهَادَةِ الشُّهُودِ هُنَاكَ إلَّا أَنَّهُ وَجَبَ الضَّمَانُ هَهُنَا لِأَنَّ وُجُوبَ ضَمَانِ الْغَصْبِ لَا يَقِفُ على الْفِعْلِ فَيَسْتَنِدُ الضَّرْبُ إلَى سَبَبٍ كان في يَدِ الْغَاصِبِ وَلَا يَسْتَنِدُ إلَيْهِ أَثَرُهُ فَيَصِيرُ كَأَنَّهَا ضُرِبَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ فَانْجَرَحَتْ عِنْدَ الضَّرْبِ لَا بِالضَّرْبِ وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَضَمِنَ الْغَاصِبُ
كَذَا هذا وَإِنَّمَا اُعْتُبِرَ الْأَكْثَرُ من نُقْصَانِ الضَّرْبِ وَمِنْ نُقْصَانِ الزِّنَا لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ النُّقْصَانَيْنِ جميعا حَصَلَا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ فَتَعَذَّرَ الْجَمْعُ بين الضَّمَانَيْنِ فَيَجِبُ الْأَكْثَرُ وَيَدْخُلُ الْأَقَلُّ فيه وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ كانت الْجَارِيَةُ الْمَغْصُوبَةُ سَرَقَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ فَرَدَّهَا على الْمَالِكِ فَقُطِعَتْ عِنْدَهُ يَضْمَنُ الْغَاصِبُ نِصْفَ قِيمَتِهَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَضْمَنُ إلَّا نُقْصَانَ السَّرِقَةِ وَالْكَلَامُ في هذه الْمَسْأَلَةِ في الطَّرَفَيْنِ جميعا على نَحْوِ الْكَلَامِ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى إلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتَبَرَ نُقْصَانَ الْقَطْعِ هَهُنَا ولم يَعْتَبِرْ نُقْصَانَ عَيْبِ السَّرِقَةِ وَاعْتَبَرَ نُقْصَانَ عَيْبِ الزِّنَا هُنَاكَ لِأَنَّ نُقْصَانَ الْقَطْعِ يَكُونُ أَكْثَرَ من نُقْصَانِ السَّرِقَةِ ظَاهِرًا وَغَالِبًا فَدَخَلَ الْأَقَلُّ في الْأَكْثَرِ بِخِلَافِ نُقْصَانِ عَيْبِ الزِّنَا لِأَنَّهُ قد يَكُونُ أَكْثَرَ من نُقْصَانِ الضَّرْبِ لِذَلِكَ اخْتَلَفَ اعْتِبَارُهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ حُمَّتْ الْجَارِيَةُ الْمَغْصُوبَةُ في يَدِ الْغَاصِبِ فَرَدَّهَا على الْمَوْلَى فَمَاتَتْ في يَدِهِ من الْحُمَّى التي كانت في يَدِ الْغَاصِبِ لم يَضْمَنْ الْغَاصِبُ إلَّا ما نَقَّصَهَا الْحُمَّى في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ الْمَوْتَ يَحْصُلُ بِالْآلَامِ التي لَا تَتَحَمَّلُهَا النَّفْسُ وَإِنَّهَا تَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا إلَى أَنْ يَتَنَاهَى فلم يَكُنْ الْمَوْتُ حَاصِلًا بِسَبَبٍ كان في ضَمَانِ الْغَاصِبِ فَلَا يَضْمَنُ إلَّا قَدْرَ نُقْصَانِ الْحُمَّى
وَلَوْ غَصَبَ جَارِيَةً مَحْمُومَةً أو حُبْلَى أو بها جِرَاحَةٌ أو مَرَضٌ آخَرُ سِوَى الْحُمَّى فَمَاتَتْ من ذلك في يَدِ الْغَاصِبِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا وَبِهَا ذلك
فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ ما إذَا مَاتَتْ في يَدِ الْمَوْلَى بِحَبَلٍ كان في يَدِ الْغَاصِبِ حَيْثُ جُعِلَ هُنَالِكَ مَوْتُهَا في يَدِ الْمَالِكِ كَمَوْتِهَا في يَدِ الْغَاصِبِ ولم يُجْعَلْ هَهُنَا مَوْتُهَا في يَدِ الْغَاصِبِ كَمَوْتِهَا في يَدِ الْمَالِكِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْهَلَاكَ هُنَاكَ حَصَلَ بِسَبَبٍ كان في ضَمَانِ الْغَاصِبِ وهو الْحَبَلُ لِأَنَّهُ يُفْضِي إلَيْهِ فَأُضِيفَ إلَيْهِ كَأَنَّهُ حَصَلَ في يَدِهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الرَّدَّ لم يَصِحَّ لِعَدَمِ شَرْطِ الصِّحَّةِ على ما بَيَّنَّا وَالْهَلَاكُ هَهُنَا إنْ حَصَلَ بِسَبَبٍ كان في يَدِ الْمَوْلَى لَكِنْ لم يَحْصُلْ بِسَبَبٍ كان في ضَمَانِهِ لِأَنَّ الْحَبَلَ لم يَكُنْ مَضْمُونًا عليه فإذا غَصَبَهَا فَقَدْ صَارَتْ مَضْمُونَةً بِالْغَصْبِ لِأَنَّ انْعِقَادَ سَبَبِ الْهَلَاكِ لَا يَمْنَعُ دُخُولَهَا في ضَمَانِ الْغَاصِبِ لِأَنَّ وُجُوبَ ضَمَانِ الْغَصْبِ لَا يَقِفُ على فِعْلِ

الْغَاصِبِ فإذا هَلَكَ في يَدِهِ تَقَرَّرَ الضَّمَانُ لَكِنْ مَنْقُوصًا بِمَا بها من الْمَرَضِ لِأَنَّهَا لم تَدْخُلْ في ضَمَانِ الْغَصْبِ إلَّا كَذَلِكَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ جَارِيَةً سَمِينَةً فَهَزَلَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ إن عليه نُقْصَانَ الْهُزَالِ
وَلَوْ عَادَتْ سَمِينَةً في يَدِهِ فَرَدَّهَا لَا شَيْءَ عليه لِأَنَّ نُقْصَانَ الْهُزَالِ انْجَبَرَ بِالسِّمَنِ فَصَارَ كَأَنْ لم يَكُنْ أَصْلًا وَكَذَا إذَا قُلِعَتْ سِنُّهَا في يَدِهِ فَنَبَتَتْ فَرَدَّهَا لِأَنَّهَا لَمَّا نَبَتَتْ ثَانِيًا جُعِلَ كَأَنَّهَا لم تُقْلَعْ وَكَذَا إذَا قُطِعَتْ يَدُهَا في يَدِهِ فَرَدَّهَا مع الْأَرْشِ لِمَا قُلْنَا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ نُقْصَانُ الْوِلَادَةِ أَنَّهُ مَضْمُونٌ على الْغَاصِبِ لِفَوَاتِ جُزْءٍ من الْمَغْصُوبِ بِالْوِلَادَةِ إلَّا إذَا كان له جَابِرٌ فَيَنْعَدِمُ الْفَوَاتُ من حَيْثُ الْمَعْنَى
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في الْجَارِيَةِ الْمَغْصُوبَةِ إذَا نَقَصَتْهَا الْوِلَادَةُ أَنَّ الْأَمْرَ لَا يَخْلُو إمَّا إن كان الْأُمُّ أو الْوَلَدُ جميعا قَائِمَيْنِ في يَدِ الْغَاصِبِ وَإِمَّا إن هَلَكَا جميعا في يَدِهِ وَإِمَّا إن هَلَكَ أَحَدُهُمَا وَبَقِيَ الْآخَرُ فَإِنْ كَانَا قَائِمَيْنِ رَدَّهُمَا على الْمَغْصُوبِ منه ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان في قِيمَةِ الْوَلَدِ وَفَاءٌ لِنُقْصَانِ الْوِلَادَةِ انْجَبَرَ بِهِ وَلَا شَيْءَ على الْغَاصِبِ وَإِنْ لم يَكُنْ في قِيمَتِهِ وَفَاءٌ بِالنُّقْصَانِ انْجَبَرَ بِقَدْرِهِ وَضَمِنَ الْبَاقِيَ اسْتِحْسَانًا وهو قَوْلُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزُ وهو قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وَلَوْ لم يَكُنْ في الْوَلَدِ وَفَاءٌ بِالنُّقْصَانِ وَقْتَ الرَّدِّ ثُمَّ حَصَلَ بِهِ وَفَاءٌ بَعْدَ الرَّدِّ لم يُعْتَبَرْ ذلك لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لم تَحْصُلْ في ضَمَانِ الْغَاصِبِ فَلَا تَصْلُحُ لِجَبْرِ النُّقْصَانِ
وَقَالُوا إنَّ نُقْصَانَ الْحَبَلِ على هذا الْخِلَافِ بِأَنْ غَصَبَ جَارِيَةً حَائِلًا فَحَمَلَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ فَرَدَّهَا إلَى الْمَالِكِ فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ وَنَقَصَتْهَا الْوِلَادَةُ وفي الْوَلَدِ وَفَاءٌ لَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ شيئا خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ
لوعلى (((وعلى))) هذا الْخِلَافِ إذَا بِيعَتْ بَيْعًا فَاسِدًا وَهِيَ حَامِلٌ فَوَلَدَتْ في يَدِ الْمُشْتَرِي وَنَقَصَتْهَا الْوِلَادَةُ وفي الْوَلَدِ وَفَاءً فَرَدُّ الْمُشْتَرِي الْجَارِيَةَ مع الْوَلَدِ إلَى الْبَائِعِ أنه لَا يَضْمَنُ شيئا خِلَافًا لِزُفَرَ
وَعَلَى هذا الْخِلَافُ إذَا كان له جَارِيَةٌ لِلتِّجَارَةِ فَحَالَ عليها الْحَوْلُ وَقِيمَتُهَا أَلْفُ دِرْهَمٍ فَوَلَدَتْ فَنَقَصَتْهَا الْوِلَادَةُ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ وفي الْوَلَدِ وَفَاءٌ بِالنُّقْصَانِ أَنَّهُ يَبْقَى الْوَاجِبُ في جَمِيعِ الْأَلْفِ وَلَا يَسْقُطُ منه شَيْءٌ
وَعِنْدَ

زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَبْقَى فِيمَا وَرَاءَ النُّقْصَانِ وَيَسْقُطُ بِقَدْرِهِ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ في مَسْأَلَةِ الْغَصْبِ أَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ وهو النُّقْصَانُ فَيَجِبُ الضَّمَانُ جَبْرًا له لِأَنَّ ضَمَانَ الْغَصْبِ ضَمَانُ جَبْرِ الْفَائِتِ وقد حَصَلَ الْفَوَاتُ فَلَا بُدَّ له من جَابِرٍ وَالْوَلَدُ لَا يَصْلُحُ جَابِرًا له لِأَنَّ الْفَائِتَ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ منه وَالْوَلَدُ مِلْكُهُ أَيْضًا وَلَا يُعْقَلُ أَنْ يَكُونَ مِلْكُ الْإِنْسَانِ جَابِرًا لِمِلْكِهِ فَلَزِمَ جَبْرُهُ بِالضَّمَانِ
وَلَنَا أَنَّ هذا نُقْصَانٌ صُورَةً لَا مَعْنًى فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا كَنُقْصَانِ السِّنِّ وَالسِّمَنِ وَالْقَطْعِ وقد مَرَّ

وَالدَّلِيلُ على أَنَّ هذا ليس نُقْصَانًا مَعْنًى أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَاحِدٌ وهو الْوِلَادَةُ وَاتِّحَادُ سَبَبِ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ يَمْنَعُ تَحَقُّقَ النُّقْصَانِ من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ مِثْلُ الْفَائِتِ فَالسَّبَبُ الذي فَوَّتَ أَفَادَ له مثله من حَيْثُ الْمَعْنَى فلم يَحْصُلْ الْفَوَاتُ إلَّا من حَيْثُ الصُّورَةُ وَالصُّورَةُ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْقِيمَةِ في ضَمَانِ الْعُدْوَانِ

وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِهِ إن جَبْرَ مِلْكِهِ بِمِلْكِهِ غَيْرُ مَعْقُولٍ لِأَنَّ ما ذَكَرْنَا يَمْنَعُ تَحَقُّقَ النُّقْصَانِ من حَيْثُ الْمَعْنَى فَيَمْتَنِعُ تَحَقُّقُ الْفَوَاتِ من حَيْثُ الْمَعْنَى فَلَا حَاجَةَ إلَى الْجَابِرِ

وَإِنْ هَلَكَا جميعا في يَدِ الْغَاصِبِ ضَمِنَ قِيمَةَ الْأُمِّ يوم غَصَبَ لِتَحَقُّقِ الْغَصْبِ فيها ولم يَضْمَنْ قِيمَةَ الْوَلَدِ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ غَيْرُ مَغْصُوبٍ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَضْمَنُ لِوُجُودِ الْغَصْبِ فيه وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ في صَدْرِ الْكِتَابِ

وَإِنْ كان الْغَاصِبُ قَتَلَ الْوَلَدَ أو بَاعَهُ ضَمِنَ قِيمَتَهُ مع قِيمَةِ أُمِّهِ لِأَنَّ الْوَلَدَ إنْ كان أَمَانَةً في يَدِ الْغَاصِبِ عِنْدَنَا فَالْأَمَانَةَ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِوُجُودِ سَبَبِ الضَّمَانِ فيها وقد وُجِدَ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ

فَإِنْ كانت قِيمَةُ الْأُمِّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَنَقَصَتْهَا الْوِلَادَةُ مِائَةَ دِرْهَمٍ وَالْوَلَدُ يُسَاوِي مِائَتَيْنِ ضَمِنَ قِيمَةَ الْأُمِّ يوم الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَضَمِنَ من الْوَلَدِ نِصْفَ قِيمَتِهِ مِائَةَ دِرْهَمٍ يَدْخُلُ ذلك النِّصْفُ في قِيمَةِ الْأُمِّ وَإِنْ شِئْت ضَمَّنْته قِيمَةَ الْأُمِّ يوم وَلَدَتْ وَقِيمَةَ الْوَلَدِ بِأُمِّهِ وَكُلُّ ذلك سَوَاءٌ لِأَنَّ النُّقْصَانَ إذَا انْجَبَرَ بِالْوَلَدِ كان الْوَاجِبُ من الضَّمَانِ في الْحَاصِلِ ألف (((ألفا))) وَمِائَةً فَإِنْ أُعْتُبِرَتْ قِيمَةُ الْأُمِّ تَامَّةً بَقِيَ نِصْفُ قِيمَةِ الْوَلَدِ وَإِنْ أُعْتُبِرَتْ قِيمَةُ الْأُمِّ تِسْعَمِائَةٍ بَقِيَ كُلُّ قِيمَةِ الْوَلَدِ وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا وَبَقِيَ الْآخَرُ فَإِنْ هَلَكَ الْوَلَدُ قبل الرَّدِّ رَدَّ الْأُمَّ وَضَمِنَ نُقْصَانَ الْوِلَادَةِ وَلَيْسَ عليه ضَمَانُ الْوَلَدِ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ هَلَكَ أَمَانَةً فَإِنْ هَلَكَتْ الْأُمُّ وَبَقِيَ الْوَلَدُ ضَمِنَ قِيمَةَ الْأُمِّ يوم غَصَبَ وَرَدَّ الْوَلَدَ وَلَا تُجْبَرُ الْأُمُّ بِالْوَلَدِ

وَإِنْ كان في قِيمَةِ الْوَلَدِ وَفَاءٌ بِقِيمَةِ الْأُمِّ بِخِلَافِ ضَمَانِ النُّقْصَانِ أَنَّهُ يُجْبَرُ بِالْوَلَدِ لِأَنَّ الْجَبْرَ هُنَاكَ لِاتِّحَادِ سَبَبِ النُّقْصَانِ وَالزِّيَادَةِ وهو الْوِلَادَةُ ولم تُوجَدْ هَهُنَا لِأَنَّ الْوِلَادَةَ سَبَبٌ لِحُصُولِ الْوَلَدِ وَلَيْسَتْ سَبَبًا لِهَلَاكِ الْأُمِّ لِأَنَّهَا لَا تُفْضِي إلَى الْهَلَاكِ غَالِبًا فلم يَتَّحِدْ السَّبَبُ فَيَتَعَذَّرُ الْجَبْرُ

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ ولم يَخِطْهُ إن لِلْمَغْصُوبِ منه أَنْ يُضَمِّنَهُ النُّقْصَانَ غير أَنَّ النُّقْصَانَ إنْ كان يَسِيرًا لَا خِيَارَ لِلْمَغْصُوبِ منه وَلَيْسَ له إلَّا ضَمَانُ النُّقْصَانِ لِأَنَّ ذلك نَقْصٌ وَتَعْيِيبٌ فَيُوجِبُ ضَمَانَ نُقْصَانِ الْعَيْبِ

وَإِنْ كان فَاحِشًا بِأَنْ قَطَعَهُ قَبَاءً أو قَمِيصًا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ مَقْطُوعًا وَضَمَّنَهُ ما نَقَصَهُ الْقَطْعُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ عليه وَضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبٍ غَيْرِ مَقْطُوعٍ لِأَنَّ الْقَطْعَ الْفَاحِشَ يُفَوِّتُ بَعْضَ الْمَنَافِعِ الْمَطْلُوبَةِ من الثَّوْبِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ لِمَا كان يَصْلُحُ له قبل الْقَطْعِ فَكَانَ اسْتِهْلَاكًا له من وَجْهٍ فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ

وَكَذَلِكَ لو غَصَبَ شَاةً فَذَبَحَهَا ولم يَشْوِهَا وَلَا طَبَخَهَا فَالْمَغْصُوبُ منه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الشَّاةَ وَضَمَّنَهُ نُقْصَانَ الذَّبْحِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا عليه وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا يوم الْغَصْبِ

كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ وَسَوَاءٌ سَلَخَهَا الْغَاصِبُ وَأَرَّبَهَا أو لَا بَعْدَ أَنْ لم يَكُنْ شَوَاهَا وَلَا طَبَخَهَا

وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ إنْ شَاءَ أَخَذَ الشَّاةَ وَلَا شَيْءَ له غَيْرُهَا وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا يوم الْغَصْبِ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ ذَبْحَ الشَّاةِ إنْ كان نُقْصَانًا صُورَةً فَهُوَ زِيَادَةٌ من حَيْثُ الْمَعْنَى
لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من الشَّاةِ اللَّحْمُ وَالذَّبْحُ وَسِيلَةٌ إلَى هذا الْمَقْصُودِ فلم يَكُنْ نُقْصَانًا بَلْ كان زِيَادَةً حَيْثُ رَفَعَ عنه مُؤْنَةَ الْوَسِيلَةِ فَكَانَ الْغَاصِبُ مُحْسِنًا في الذَّبْحِ وقد قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { ما على الْمُحْسِنِينَ من سَبِيلٍ } فإذا اخْتَارَ أَخْذَ اللَّحْمِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ آخَرُ إلَّا أَنَّهُ ثَبَتَ له خِيَارُ التَّرْكِ عليه وَيُضَمِّنُهُ الْقِيمَةَ لِفَوَاتِ مَقْصُودٍ ما في الْجُمْلَةِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّ الشَّاةَ كما يُطْلَبُ منها اللَّحْمُ يُطْلَبُ منها مَقَاصِدُ أُخَرُ من الدَّرِّ وَالنَّسْلِ وَالتِّجَارَةِ فَكَانَ الذَّبْحُ تَفْوِيتًا لِبَعْضِ الْمَقَاصِدِ الْمَطْلُوبَةِ منها فَكَانَ تَنْقِيصًا لها وَاسْتِهْلَاكًا من وَجْهٍ فَيَثْبُتُ له خِيَارُ تَضْمِينِ النُّقْصَانِ وَخِيَارُ تَضْمِينِ الْقِيمَةِ كما في مَسْأَلَةِ الثَّوْبِ
وَعَلَى هذا

الْأَصْلِ يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ من إنْسَانٍ عَيْنًا من ذَوَاتِ الْقِيَمِ أو من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَنَقَلَهَا إلَى بَلْدَةٍ أُخْرَى فَالْتَقَيَا وَالْعَيْنُ في يَدِ الْغَاصِبِ وَقِيمَتُهَا في ذلك الْمَكَانِ أَقَلُّ من قِيمَتِهَا في مَكَانِ الْغَصْبِ إن لِلْمَغْصُوبِ منه أَنْ يُطَالِبَهُ في ذلك الْمَكَانِ بِقِيمَتِهَا التي في مَكَانِ الْغَصْبِ لأن (((لأنها))) قِيَمُ الأعيان (((أعيان))) تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ بِالزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ فإذا نَقَلَهَا إلَى ذلك الْمَكَانِ وَقِيمَتُهَا فيه أَقَلُّ من قِيمَتِهَا في مَكَانِ الْغَصْبِ فَقَدْ نَقَصَهَا من حَيْثُ الْمَعْنَى بِالنَّقْلِ فَلَوْ أُجْبِرَ على أَخْذِ الْعَيْنِ لَتَضَرَّرَ بِهِ من جِهَةِ الْغَاصِبِ فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ إنْ شَاءَ طَالَبَهُ بِالْقِيمَةِ التي في مَكَانِ الْغَصْبِ وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ الْعَوْدَ إلَى مَكَانِ الْغَصْبِ بِخِلَافِ ما إذَا وَجَدَهُ في الْبَلَدِ الذي غَصَبَهُ فيه وقد انْتَقَصَ السِّعْرُ إنه لَا يَكُونُ له خِيَارٌ لِأَنَّ النُّقْصَانَ هُنَاكَ ما حَصَلَ بِصُنْعِهِ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَغَيُّرِ السِّعْرِ وَلَا صُنْعَ لِلْعَبْدِ في ذلك بَلْ هو مَحْضُ صُنْعِ اللَّهِ عز وجل أَعْنِي مَصْنُوعَهُ فلم يَكُنْ مَضْمُونًا عليه
وَلَوْ كانت قِيمَةُ الْعَيْنِ في الْمَكَانِ الْمَنْقُولِ إلَيْهِ مِثْلَ قِيمَتِهَا في مَكَانِ الْغَصْبِ أو أَكْثَرَ ليس له وِلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِالْقِيمَةِ لِأَنَّ الْحُكْمَ الْأَصْلِيَّ لِلْغَصْبِ هو وُجُوبُ رَدِّ الْعَيْنِ حَالَ قِيَامِ الْعَيْنِ وَالْمَصِيرُ إلَى الْقِيمَةِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ وَهَهُنَا يُمْكِنُ الْوُصُولُ إلَى الْعَيْنِ من غَيْرِ ضَرَرٍ يَلْزَمُهُ فَلَا يَمْلِكُ الْعُدُولَ إلَى الْقِيمَةِ
وَلَوْ كان الْمَغْصُوبُ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ فَلَيْسَ له أَنْ يُطَالِبَهُ بِالْقِيمَةِ وَإِنْ اخْتَلَفَ السِّعْرُ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ جُعِلَتْ أَثْمَانَ الْأَشْيَاءِ وَمَعْنَى الثَّمَنِيَّةِ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ عَادَةً لِأَنَّهُ ليس لها حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ لِعِزَّتِهَا وَقِلَّتِهَا عَادَةً فلم يَكُنْ النَّقْلُ نُقْصَانًا لها بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ لِلْحَاجَةِ إلَى الْحَمْلِ وَالْمُؤْنَةِ ولم يُوجَدْ فلم يَكُنْ له وِلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِالْقِيمَةِ وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِرَدِّ عَيْنِهَا لِأَنَّهُ هو الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ لِلْغَصْبِ وَالْمَصِيرُ إلَى الْقِيمَةِ لِعَارِضِ الْعَجْزِ أو الضَّرَرِ ولم يُوجَدْ
هذا إذَا كانت الْعَيْنُ الْمَغْصُوبَةُ قَائِمَةً في الْغَاصِبِ فَأَمَّا إذَا كانت هَالِكَةً فَالْتَقَيَا فَإِنْ كانت من ذات (((ذوات))) الْقِيَمِ أَخَذَ قِيمَتَهَا التي كانت وَقْتَ الْغَصْبِ لِأَنَّهَا إذَا هَلَكَتْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْغَصْبَ السَّابِقَ وَقَعَ إتْلَافًا من حِينِ وُجُودِهِ وَالْحُكْمُ يَثْبُتُ من حِينِ وُجُودِ سَبَبِهِ

وَإِنْ كان من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ يُنْظَرُ إنْ كان سِعْرُهَا في الْمَكَانِ الذي الْتَقَيَا فيه أَقَلَّ من سِعْرِهَا في مَكَانِ الْغَصْبِ فَالْمَغْصُوبُ منه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْقِيمَةَ التي لِلْعَيْنِ في مَكَانِ الْغَصْبِ وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ وَلَا يُجْبَرُ على أَخْذِ الْمِثْلِ في هذا الْمَكَانِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ نَقَصَ الْعَيْنَ بِالنَّقْلِ إلَى هذا الْمَكَانِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ اخْتِلَافَ قِيمَةِ الْأَشْيَاءِ التي لها حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ لِمَكَانِ الْحَمْلِ وَالْمُؤْنَةِ فَالْجَبْرُ على الْأَخْذِ في هذا الْمَكَانِ يَكُونُ إضْرَارًا بِهِ فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْقِيمَةَ وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ كما لو كانت الْعَيْنُ قَائِمَةً وَقِيمَتُهَا في هذا الْمَكَانِ أَقَلُّ
وَإِنْ كانت قِيمَتُهَا في هذا الْمَكَانِ مِثْلَ قِيمَتِهَا في مَكَانِ الْغَصْبِ كان لِلْمَغْصُوبِ منه أَنْ يُطَالِبَهُ بِالْمِثْلِ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فيه على أَحَدٍ وَإِنْ كانت قِيمَتُهَا في مَكَانِ الْخُصُومَةِ أَكْثَرَ من قِيمَتِهَا في مَكَانِ الغاصب (((الغصب))) فَالْغَاصِبُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَعْطَى الْمِثْلَ في مَكَانِ الْخُصُومَةِ وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى الْقِيمَةَ في مَكَانِ الْغَصْبِ لِأَنَّ في إلْزَامِ تَسْلِيمِ الْمِثْلِ في مَكَانِ الْخُصُومَةِ ضَرَرًا بِالْغَاصِبِ وفي التَّأْخِيرِ إلَى الْعَوْدِ إلَى مَكَانِ الْغَصْبِ ضَرَرًا بِالْمَغْصُوبِ منه فَيُسَلِّمُ إلَيْهِ في هذا الْمَكَانِ الْقِيمَةَ التي له في مَكَانِ الْغَصْبِ
إلَّا أَنْ يَرْضَى الْمَغْصُوبُ منه بِالتَّأْخِيرِ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَإِنْ كان الْمَغْصُوبُ من أَمْوَالِ الرِّبَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ فَانْتَقَصَ في يَدِ الْغَاصِبِ بِصُنْعِهِ أو بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَلَيْسَ لِلْمَغْصُوبِ منه أَنْ يأخذه (((يأخذ))) منه وَيُضَمِّنَهُ قِيمَةَ النُّقْصَانِ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَعَفِنَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ أو ابْتَلَّتْ أو صَبَّ الْغَاصِبُ فيها مَاءً فَانْتَقَصَتْ قِيمَتُهَا إن صَاحِبَهَا بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِعَيْنِهَا وَلَا شَيْءَ له غَيْرُهَا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا على الْغَاصِبِ وَضَمَّنَهُ مِثْلَ ما غُصِبَتْ وَلَيْسَ له أَنْ يَأْخُذَهَا وَيُضَمِّنَهُ النُّقْصَانَ
وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ له ذلك بِنَاءً على أَنَّ الْجَوْدَةَ بِانْفِرَادِهَا لَا قِيمَةَ لها في أَمْوَالِ الرِّبَا عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لها قِيمَةٌ
وَالْمَسْأَلَةُ مَرَّتْ في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وإذا لم تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً لِأَنَّ الْمَضْمُونَ هو الْمَالُ الْمُتَقَوِّمُ وَلِأَنَّهَا إذَا لم تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً تُؤَدِّي إلَى الرِّبَا
وَلَوْ غَصَبَ دِرْهَمًا صَحِيحًا أو دِينَارًا صَحِيحًا فَانْكَسَرَ في يَدِهِ أو كَسَرَهُ إنْ كان في مَوْضِعٍ لَا يَتَفَاوَتُ الصَّحِيحُ وَالْمُكَسَّرُ في الْقِيمَةِ لَا شَيْءَ على الْغَاصِبِ وَإِنْ كان في مَوْضِعٍ يَتَفَاوَتُ فَصَاحِبُهَا بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِعَيْنِهِ وَلَا شَيْءَ له غَيْرُهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ عليه وَضَمَّنَهُ مِثْلَ ما أَخَذَ وَلَيْسَ له أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْنِهِ وَيُضَمِّنَهُ

النُّقْصَانَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِنَاءً على الْأَصْلِ الذي ذَكَرْنَا
وَإِنْ كان الْمَغْصُوبُ إنَاءَ فِضَّةٍ أو ذَهَبٍ فَانْهَشَمَ في يَدِ الْغَاصِبِ أو هَشَّمَهُ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِعَيْنِهِ وَلَا شَيْءَ له غَيْرُهُ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ من خِلَافِ الْجِنْسِ لِأَنَّ الْجَوْدَةَ لَا قِيمَةَ لها بِانْفِرَادِهَا
فَأَمَّا مع الْأَصْلِ فَمُتَقَوِّمَةٌ خُصُوصًا إذَا حَصَلَتْ بِصُنْعِ الْعِبَادِ فَلَا بُدَّ من التَّضْمِينِ

وَالتَّضْمِينُ بِالْمِثْلِ غَيْرُ مُمْكِنٍ لِأَنَّهُ لَا مِثْلَ له فَوَجَبَ التَّضْمِينُ بِالْقِيمَةِ ثُمَّ لَا سَبِيلَ إلَى تَضْمِينِهِ بِجِنْسِهِ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا فَلَزِمَ تَضْمِينُهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِأَنَّ هُنَاكَ إيجَابُ الْمِثْلِ مُمْكِنٌ وهو الْأَصْلُ في الْبَابِ فَلَا يُعْدَلُ عن الْأَصْلِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَلَوْ قَضَى عليه بِالْقِيمَةِ من خِلَافِ الْجِنْسِ ثُمَّ تَفَرَّقَا قبل التَّقَابُضِ من الْجَانِبَيْنِ لَا يَبْطُلُ الْقَضَاءُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ لِأَنَّ الْقِيمَةَ قَامَتْ مَقَامَ الْعَيْنِ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَبْطُلُ لِأَنَّهُ صَرْفٌ

وَكَذَلِكَ آنِيَةُ الصُّفْرِ وَالنُّحَاسِ والشبه وَالرَّصَاصِ إنْ كانت تُبَاعُ وَزْنًا فَهِيَ وَآنِيَةُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ سَوَاءٌ لِأَنَّهَا إذَا كانت تُبَاعُ وَزْنًا لم تَخْرُجْ بِالصِّنَاعَةِ عن حَدِّ الْوَزْنِ فَكَانَتْ مَوْزُونَةً فَكَانَتْ من أَمْوَالِ الرِّبَا كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فإذا انْهَشَمَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ نَفْسِهِ أو غَيْرِهِ فَحَدَثَ فيها عَيْبٌ فَاحِشٌ أو يَسِيرٌ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ كَذَلِكَ وَلَا شَيْءَ له غَيْرُهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ عليه بِالْقِيمَةِ من الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَلَا يَكُونُ التَّقَابُضُ فيه شَرْطًا بِالْإِجْمَاعِ

وَكَذَلِكَ هذا الْحُكْمُ في كل مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ إذَا نَقَصَ من وَصْفِهِ لَا من الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ

وَإِنْ كانت تُبَاعُ عَدَدًا فَانْكَسَرَتْ أو كُسِّرَتْ إنْ كان ذلك لم يُورِثْ فيه عَيْبًا فَاحِشًا فَلَيْسَ لِصَاحِبِهِ فيه خِيَارُ التَّرْكِ وَلَكِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَيُضَمِّنُهُ نُقْصَانَ الْقِيمَةِ وَإِنْ كان أَوْرَثَ عَيْبًا فَاحِشًا فَصَاحِبُهَا بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا وَأَخَذَ قِيمَةَ النُّقْصَانِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا عليه وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا صَحِيحًا

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ عَصِيرًا فَصَارَ خَلًّا في يَدِهِ أو لَبَنًا حَلِيبًا فَصَارَ مَخِيضًا أو عِنَبًا فَصَارَ زَبِيبًا أو رُطَبًا فَصَارَ تَمْرًا إن الْمَغْصُوبَ منه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ ذلك الشَّيْءَ بِعَيْنِهِ وَلَا شَيْءَ له غَيْرُهُ لِأَنَّ هذه من أَمْوَالِ الرِّبَا فلم تَكُنْ الْجَوْدَةُ فيها بِانْفِرَادِهَا مُتَقَوِّمَةً فَلَا تَكُونُ مُتَقَوِّمَةً وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ على الْغَاصِبِ وَضَمَّنَهُ مِثْلَ ما غَصَبَ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَأَمَّا طَرِيقُ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ فَهُوَ أَنْ يُقَوَّمَ صَحِيحًا وَيُقَوَّمَ وَبِهِ الْعَيْبُ فَيَجِبُ قَدْرُ ما بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ قَدْرِ النُّقْصَانِ إلَّا بهذا الطَّرِيقِ

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِحَالِ زِيَادَةِ الْمَغْصُوبِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا حَدَثَتْ زِيَادَةٌ في الْمَغْصُوبِ في يَدِ الْغَاصِبِ فَالزِّيَادَةُ لَا تَخْلُو إمَّا إن كانت مُنْفَصِلَةً عن الْمَغْصُوبِ وَإِمَّا إن كانت مُتَّصِلَةً بِهِ فَإِنْ كانت مُنْفَصِلَةً عنه أَخَذَهَا الْمَغْصُوبُ منه مع الْأَصْلِ وَلَا شَيْءَ عليه لِلْغَاصِبِ سَوَاءٌ كانت مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ وَاللَّبَنِ وَالصُّوفِ أو ما هو في حُكْمِ الْمُتَوَلِّدِ كَالْأَرْشِ وَالْعُقْرِ أو غير مُتَوَلِّدَةٍ منه أَصْلًا كَالْكَسْبِ من الصَّيْدِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَنَحْوِهَا

لِأَنَّ الْمُتَوَلِّدَ منها نَمَاءُ مِلْكِهِ فَكَانَ مِلْكَهُ وما هو في حُكْمِ الْمُتَوَلِّدِ بَدَلُ جُزْءٍ مَمْلُوكٍ أو بَدَلُ ما له حُكْمُ الْجُزْءِ فَكَانَ مَمْلُوكًا له وَغَيْرُ الْمُتَوَلِّدِ كَسْبُ مَلَكَهُ فَكَانَ مِلْكَهُ

وَأَمَّا بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ وهو الْأُجْرَةُ بِأَنْ آجَرَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ يَمْلِكُهُ الْغَاصِبُ عِنْدَنَا وَيَتَصَدَّقُ بِهِ

خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِنَاءً على أَنَّ الْمَنَافِعَ لَيْسَتْ بِأَمْوَالٍ مُتَقَوِّمَةٍ بِأَنْفُسِهَا عِنْدَنَا حتى لَا تُضْمَنَ بِالْغَصْبِ وَالْإِتْلَافِ وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ وأنه وُجِدَ من الْغَاصِبِ وَعِنْدَهُ هِيَ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ بِأَنْفُسِهَا مَضْمُونَةٌ بِالْغَصْبِ وَالْإِتْلَافِ كَالْأَعْيَانِ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ فِيمَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَإِنْ كانت مُتَّصِلَةً بِهِ فَإِنْ كانت مُتَوَلِّدَةً كَالْحُسْنِ وَالْجَمَالِ وَالسِّمَنِ وَالْكِبَرِ وَنَحْوِهَا أَخَذَهَا الْمَالِكُ مع الْأَصْلِ وَلَا شَيْءَ عليه لِلْغَاصِبِ لِأَنَّهَا نَمَاءُ مِلْكِهِ

وَإِنْ كانت غير مُتَوَلِّدَةٍ منه يُنْظَرُ إنْ كانت الزِّيَادَةُ عَيْنَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ في الْمَغْصُوبِ وهو تَابِعٌ لِلْمَغْصُوبِ فَالْمَغْصُوبُ منه بِالْخِيَارِ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَإِنْ لم تَكُنْ عَيْنَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ أَخَذَهَا الْمَغْصُوبُ منه وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ
وَإِنْ كانت عَيْنَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ وَلَكِنَّهُ ليس بِتَبَعٍ لِلْمَغْصُوبِ بَلْ هِيَ أَصْلٌ بِنَفْسِهَا تَزُولُ عن مِلْكِ الْمَغْصُوبِ منه وَتَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ لِلضَّمَانِ
وَبَيَانُ هذا في مَسَائِلَ إذَا غَصَبَ من إنْسَانٍ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ الْغَاصِبُ بِصِبْغِ نَفْسِهِ فَإِنْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ أو أَصْفَرَ بِالْعُصْفُرِ وَالزَّعْفَرَانِ وَغَيْرِهِمَا من الْأَلْوَانِ سِوَى السَّوَادِ فَصَاحِبُ الثَّوْبِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ من الْغَاصِبِ وَأَعْطَاهُ ما زَادَ الصَّبْغُ فيه
أَمَّا وِلَايَةُ أَخْذِ الثَّوْبِ فَلِأَنَّ الثَّوْبَ مِلْكُهُ لِبَقَاءِ اسْمِهِ وَمَعْنَاهُ وَأَمَّا ضَمَانُ ما زَادَ الصَّبْغُ فيه فَلِأَنَّ لِلْغَاصِبِ عَيْنَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ فَلَا سَبِيلَ إلَى إبْطَالِ

مِلْكِهِ عليه من غَيْرِ ضَمَانٍ فَكَانَ الْأَخْذُ بِضَمَانٍ رِعَايَةً لِلْجَانِبَيْنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ الثَّوْبَ على الْغَاصِبِ وَضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبِهِ أَبْيَضَ يوم الْغَصْبِ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى جَبْرِهِ على أَخْذِ الثَّوْبِ إذْ لَا يُمْكِنُهُ أَخْذُهُ إلَّا بِضَمَانٍ وهو قِيمَةُ ما زَادَ الصَّبْغُ فيه وَلَا سَبِيلَ إلَى جَبْرِهِ على الضَّمَانِ لِانْعِدَامِ مُبَاشَرَةِ سَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ منه
وَقِيلَ له خِيَارٌ ثَالِثٌ وهو أَنَّ له تَرْكَ الثَّوْبِ على حَالِهِ وكان الصِّبْغُ فيه لِلْغَاصِبِ فَيُبَاعُ الثَّوْبُ وَيُقْسَمُ الثَّمَنُ على قَدْرِ حَقِّهِمَا
كما إذَا انْصَبَغَ لَا بِفِعْلِ أَحَدٍ لِأَنَّ الثَّوْبَ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ منه وَالصِّبْغُ مِلْكُ الْغَاصِبِ وَالتَّمْيِيزُ مُتَعَذِّرٌ فَصَارَا شَرِيكَيْنِ في الثَّوْبِ فَيُبَاعُ الثَّوْبُ وَيُقْسَمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا على قَدْرِ حَقِّهِمَا
وَإِنَّمَا كان الْخِيَارُ لِلْمَغْصُوبِ منه لَا لِلْغَاصِبِ
وَإِنْ كان لِلْغَاصِبِ فيه مِلْكٌ أَيْضًا وهو الصِّبْغُ لِأَنَّ الثَّوْبَ أَصْلٌ وَالصِّبْغَ تَابِعٌ له فَتَخْيِيرُ صَاحِبِ الْأَصْلِ أَوْلَى من أَنْ يُخَيَّرَ صَاحِبُ التَّبَعِ وَلَيْسَ لِلْغَاصِبِ أَنْ يَحْبِسَ الثَّوْبَ بِالْعُصْفُرِ لِأَنَّهُ صَاحِبُ تَبَعٍ وَإِنْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ اُخْتُلِفَ فيه قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ صَاحِبُ الثَّوْبِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ تَرَكَهُ على الْغَاصِبِ وَضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبِهِ أَبْيَضَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بَلْ يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ السَّوَادُ وَسَائِرُ الْأَلْوَانِ سَوَاءٌ
وَهَذَا بِنَاءً على أَنَّ السَّوَادَ نُقْصَانٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لِأَنَّهُ يُحْرِقُ الثَّوْبَ فَيُنْقِصُهُ وَعِنْدَهُمَا زِيَادَةٌ كَسَائِرِ الْأَلْوَانِ
وَقِيلَ إنَّهُ لَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ في الْحَقِيقَةِ
وَجَوَابُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في سَوَادٍ يَنْقُصُ وَجَوَابُهُمَا في سَوَادٍ يَزِيدُ
وَقِيلَ كان السَّوَادُ يُعَدُّ نُقْصَانًا في زَمَنِهِ
وَزَمَنَهُمَا كان يُعَدُّ زِيَادَةً فَكَانَ اخْتِلَافُ زَمَانٍ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْعُصْفُرُ إذَا نَقَصَ الثَّوْبَ بِأَنْ كانت قِيمَةُ الثَّوْبِ ثَلَاثِينَ فَعَادَتْ قِيمَتُهُ بِالصَّبْغِ إلَى عِشْرِينَ فإنه يُنْظَرُ إلَى قَدْرِ ما يَزِيدُ هذا الصَّبْغُ لو كان في ثَوْبٍ يُزِيدُ هذا الصَّبْغُ قِيمَتَهُ وَلَا يُنْقِصُ فَإِنْ كان يُزِيدُهُ قَدْرَ خَمْسَةِ دَرَاهِمَ فَصَاحِبُ

الثَّوْبِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ تَرَكَ الثَّوْبَ على الْغَاصِبِ وَضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ أَبْيَضَ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَخَذَ من الْغَاصِبِ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ
كَذَا قال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْعُصْفُرَ نَقَّصَ من هذا الثَّوْبِ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ إلَّا أَنْ يُقَدَّرَ خَمْسَةً فيه صِبْغٌ فَانْجَبَرَ نُقْصَانُ الْخَمْسَةِ بِهِ أو صَارَتْ الْخَمْسَتَانِ قِصَاصًا وَبَقِيَ نُقْصَانُ خَمْسَةِ دَرَاهِمَ فَيَرْجِعُ عليه بِخَمْسَةٍ وَكَذَلِكَ السَّوَادُ على هذا
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ صَبَغَ الثَّوْبَ الْمَغْصُوبَ بِعُصْفُرِ نَفْسِهِ وَبَاعَهُ وَغَابَ ثُمَّ حَضَرَ صَاحِبُ الثَّوْبِ يقضي له بِالثَّوْبِ وَيَسْتَوْثِقُ منه بِكَفِيلٍ
أَمَّا الْقَضَاءُ بِالثَّوْبِ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ فَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الثَّوْبَ أَصْلٌ وَالصِّبْغُ تَابِعٌ له فَكَانَ صَاحِبُ الثَّوْبِ صَاحِبَ أَصْلٍ فَكَانَ اعْتِبَارُ جَانِبِهِ أَوْلَى
وَأَمَّا الِاسْتِيثَاقُ بِكَفِيلٍ فَلِأَنَّ لِلْغَاصِبِ فيه عَيْنَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ
وَلَوْ وَقَعَ الثَّوْبُ الْمَغْصُوبُ في صِبْغِ إنْسَانٍ فَصُبِغَ بِهِ أو هَبَّتْ الرِّيحُ بِثَوْبِ إنْسَانٍ فَأَلْقَتْهُ في صِبْغِ غَيْرِهِ فَانْصَبَغَ بِهِ فَإِنْ كان الصِّبْغُ عُصْفُرًا أو زَعْفَرَانًا فَصَاحِبُ الثَّوْبِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ ما زَادَ الصِّبْغُ فيه لِمَا مَرَّ وَإِنْ شَاءَ امْتَنَعَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى جَبْرِهِ على الضَّمَانِ لِانْعِدَامِ مُبَاشَرَةِ سَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ منه فَيُبَاعُ الثَّوْبُ فَيَضْرِبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحَقِّهِ فَيَضْرِبُ صَاحِبُ الثَّوْبِ بِقِيمَةِ ثَوْبِهِ أَبْيَضَ لِأَنَّ حَقَّهُ في الثَّوْبِ الْأَبْيَضِ وَصَاحِبُ الصِّبْغِ يَضْرِبُ بِقِيمَةِ الصِّبْغِ في الثَّوْبِ وهو قِيمَةُ ما زَادَ الصِّبْغُ فيه لِأَنَّ حَقَّهُ في الصِّبْغِ الْقَائِمِ في الثَّوْبِ لَا في الصِّبْغِ الْمُنْفَصِلِ وَإِنَّمَا ثَبَتَ الْخِيَارُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ لَا لِلْغَاصِبِ لِمَا بَيَّنَّا
وَإِنْ كان سَوَادًا أَخَذَهُ صَاحِبُ الثَّوْبِ وَلَا شَيْءَ عليه من قِيمَةِ الصَّبْغِ بَلْ يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ إنْ كان غَاصِبًا لِأَنَّ النُّقْصَانَ حَصَلَ في ضَمَانِهِ
وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَعِنْدَهُمَا حُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الْأَلْوَانِ على ما بَيَّنَّا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَكَذَلِكَ السَّمْنُ يُخْلَطُ بِالسَّوِيقِ الْمَغْصُوبِ أو يُخْلَطُ بِهِ فَالسَّوِيقُ بِمَنْزِلَةِ الثَّوْبِ وَالسَّمْنُ بِمَنْزِلَةِ الصِّبْغِ لِأَنَّ السَّوِيقَ أَصْلٌ وَالسَّمْنَ كَالتَّابِعِ له
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ سَوِيقٌ مَلْتُوتٌ وَلَا يُقَالُ سَمْنٌ مَلْتُوتٌ
وَأَمَّا الْعَسَلُ إذَا خُلِطَ بِالسَّمْنِ أو اخْتَلَطَ بِهِ فَكِلَاهُمَا أَصْلٌ وإذا خُلِطَ الْمِسْكُ بِالدُّهْنِ أو اخْتَلَطَ بِهِ فَإِنْ كان يَزِيدُ الدُّهْنَ وَيُصْلِحُهُ كان الْمِسْكُ بِمَنْزِلَةِ الصِّبْغِ وَإِنْ كان دُهْنًا لَا يَصْلُحُ بِالْخَلْطِ وَلَا تَزِيدُ قِيمَتُهُ كَالْأَدْهَانِ الْمُنْتِنَةِ فَهُوَ هَالِكٌ وَلَا يُعْتَدُّ بِهِ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ غَصَبَ من إنْسَانٍ ثَوْبًا وَمِنْ إنْسَانٍ صِبْغًا فَصَبَغَهُ بِهِ ضَمِنَ لِصَاحِبِ الصِّبْغِ صِبْغًا مِثْلَ صِبْغِهِ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ عليه صِبْغَهُ وهو من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ فَبَعْدَ ذلك حُكْمُهُ

وَحُكْمُ ما إذَا صَبَغَ الثَّوْبَ الْمَغْصُوبَ بِصِبْغِ نَفْسِهِ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ مَلَكَ الصِّبْغَ بِالضَّمَانِ وقد بَيَّنَّا ذلك

وَلَوْ غَصَبَ من إنْسَانٍ ثَوْبًا وَمِنْ آخَرَ صِبْغًا فَصَبَغَهُ فيه ثُمَّ غَابَ ولم يُعْرَفْ فَهَذَا وما إذَا انْصَبَغَ بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ سَوَاءٌ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ لِصَاحِبِ الصِّبْغِ على صَاحِبِ الثَّوْبِ سَبِيلٌ
وَجْهُ الْقِيَاسِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الصِّبْغَ صَارَ مَضْمُونًا عليه لِوُجُودِ الْإِتْلَافِ منه فَمَلَكَهُ بِالضَّمَانِ وَزَالَ عنه مِلْكُ صَاحِبِهِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ إذَا غَابَ الْغَاصِبُ على وَجْهٍ لَا يُعْرَفُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ فِعْلِهِ في إدَارَةِ الْحُكْمِ عليه فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ حَصَلَ لَا بِصِبْغِ أَحَدٍ
وَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا وَعُصْفُرًا من رَجُلٍ وَاحِدٍ فَصَبَغَهُ بِهِ فَالْمَغْصُوبُ منه يَأْخُذُ الثَّوْبَ مَصْبُوغًا ويبرى (((ويبرئ))) الْغَاصِبَ من الضَّمَانِ في الْعُصْفُرِ وَالثَّوْبِ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ يُضَمِّنَ الْغَاصِبَ عُصْفُرًا مثله ثُمَّ يَصِيرُ كَأَنَّهُ صَبَغَ ثَوْبَهُ بِعُصْفُرِ نَفْسِهِ فَيَثْبُتُ الْخِيَارُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ أَتْلَفَ عليه عُصْفُرَهُ وَمَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَهَذَا رَجُلٌ صَبَغَ ثَوْبًا بِعُصْفُرِ نَفْسِهِ فَيَثْبُتُ الْخِيَارُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمَغْصُوبَ منه وَاحِدٌ فَالْغَاصِبُ خَلَطَ مَالَ الْمَغْصُوبِ منه بِمَالِهِ وَخَلْطُ مَالِ الْإِنْسَانِ بِمَالِهِ لَا يُعَدُّ اسْتِهْلَاكًا له بَلْ يَكُونُ نُقْصَانًا فإذا اخْتَارَ أَخْذَ الثَّوْبِ فَقَدْ أَبْرَأَهُ عن النُّقْصَانِ
وَلَوْ كان الْعُصْفُرُ لِرَجُلٍ وَالثَّوْبُ لِآخَرَ فَرَضِيَا أَنْ يَأْخُذَاهُ كما يَأْخُذُ الْوَاحِدُ أَنْ لو كَانَا له فَلَيْسَ لَهُمَا ذلك لِأَنَّ الْمَالِكَ هَهُنَا اخْتَلَفَ فَكَانَ الْخَلْطُ اسْتِهْلَاكًا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ غَصَبَ إنْسَانٌ عُصْفُرًا وَصَبَغَ بِهِ ثَوْبَ نَفْسِهِ ضَمِنَ عُصْفُرًا مثله لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ عليه عُصْفُرَهُ وَلَهُ مِثْلٌ فَيَضْمَنُ مثله وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْعُصْفُرِ أَنْ يَحْبِسَ الثَّوْبَ لِأَنَّ الثَّوْبَ أَصْلٌ وَالْعُصْفُرَ تَبَعٌ له وَالسَّوَادُ في هذا بِمَنْزِلَةِ الْعُصْفُرِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَيْضًا لِأَنَّ هذا ضَمَانُ الِاسْتِهْلَاكِ وَالْأَلْوَانُ كُلُّهَا في حُكْمِ ضَمَانِ الِاسْتِهْلَاكِ سَوَاءٌ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ غَصَبَ دَارًا فَجَصَّصَهَا ثُمَّ رَدَّهَا قِيلَ لِصَاحِبِهَا أَعْطِهِ ما زَادَ التَّجْصِيصُ فيها إلَّا أَنْ يَرْضَى صَاحِبُ الدَّارِ أَنْ يَأْخُذَ الْغَاصِبُ جِصَّهُ لِأَنَّ لِلْغَاصِبِ فيها عَيْنَ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ وهو الْجِصُّ فَلَا يَجُوزُ إبْطَالُ حَقِّهِ عليه من غَيْرِ عِوَضٍ فَيُخَيَّرُ صَاحِبُ الدَّارِ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلٍ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا وَغَرِمَ لِلْغَاصِبِ ما زَادَ التَّجْصِيصُ فيها وَإِنْ شَاءَ رضي بِأَنْ يَأْخُذَ جِصَّهُ
وَلَوْ غَصَبَ مُصْحَفًا فَنَقَطَهُ رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لِصَاحِبِهِ أَخْذَهُ وَلَا شَيْءَ عليه
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ صَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَعْطَاهُ ما زَادَ النَّقْطُ فيه وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ غير مَنْقُوطٍ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ النَّقْطَ زِيَادَةٌ في الْمُصْحَفِ فَأَشْبَهَ الصِّبْغَ في الثَّوْبِ
وَجْهُ ما روى عن أبي يُوسُفَ أَنَّ النَّقْطَ أَعْيَانٌ لَا قِيمَةَ لها فلم يَكُنْ لِلْغَاصِبِ فيه عَيْنُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ بَقِيَ مُجَرَّدُ عَمَلِهِ وهو النَّقْطُ وَمُجَرَّدُ الْعَمَلِ لَا يَتَقَوَّمُ إلَّا بِالْعَقْدِ ولم يُوجَدْ وَلِأَنَّ النَّقْطَ في الْمُصْحَفِ مَكْرُوهٌ
أَلَا تَرَى إلَى ما رُوِيَ عنه أَنَّهُ قال جَرِّدُوا الْقُرْآنَ وإذا كان التَّجْرِيدُ مَنْدُوبًا إلَيْهِ كان النَّقْطُ مَكْرُوهًا فلم يَكُنْ زِيَادَةً فَكَانَ لِصَاحِبِ الْمُصْحَفِ أَخْذُهُ
وَلَوْ غَصَبَ حَيَوَانًا فَكَبِرَ في يَدِهِ أو سَمِنَ أو ازْدَادَتْ قِيمَتُهُ بِذَلِكَ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ وَلَا شَيْءَ عليه لِلْغَاصِبِ لِأَنَّهُ ليس لِلْغَاصِبِ فيه عَيْنُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ وَإِنَّمَا الزِّيَادَةُ نَمَاءُ مِلْكِ الْمَالِكِ
وَكَذَلِكَ لو غَصَبَ جَرِيحًا مَرِيضًا فَدَاوَاهُ حتى بَرَأَ وَصَحَّ لِمَا قُلْنَا وَلَا يَرْجِعُ

الْغَاصِبُ على الْمَالِكِ بِمَا أَنْفَقَ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ على مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا
وَكَذَلِكَ لو غَصَبَ أَرْضًا فيها زَرْعٌ أو شَجَرٌ فَسَقَاهُ الْغَاصِبُ وَأَنْفَقَ عليه حتى انْتَهَى بُلُوغُهُ
وَكَذَلِكَ لو كان نَخْلًا أَطْلَعَ فَأَبَّرَهُ وَلَقَّحَهُ وَقَامَ عليه فَهُوَ لِلْمَغْصُوبِ منه وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيمَا أَنْفَقَ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان حَصَدَ الزَّرْعَ فَاسْتَهْلَكَهُ أو جد (((جذ))) من الثَّمَرِ شيئا أو جَزَّ الصُّوفَ أو حَلَبَ كان ضَامِنًا لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَيَضْمَن
وَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَفَتَلَهُ أو غَسَلَهُ أو قَصَّرَهُ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ لِأَنَّهُ ليس لِلْغَاصِبِ عَيْنُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ فيه
أَمَّا الْفَتْلُ فإنه تغير (((تغيير))) الثَّوْبِ من صِفَةٍ إلَى صِفَةٍ
وَأَمَّا الْغَسْلُ فإنه إزَالَةُ الْوَسَخِ عن الثَّوْبِ وَإِعَادَةٌ له في الْحَالَةِ الْأُولَى
وَالصَّابُونُ أو الْحُرُضُ فيه يَتْلَفُ وَلَا يَبْقَى وَأَمَّا الْقُصَارَةُ فَإِنَّهَا تَسْوِيَةُ أَجْزَاءِ الثَّوْبِ فلم يَحْصُلْ في الْمَغْصُوبِ زِيَادَةُ عَيْنِ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ
ولوغصب (((فيه))) من مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا فَلِصَاحِبِهَا أَنْ يَأْخُذَ الْخَلَّ من غَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّ الْخَلَّ مِلْكُهُ لِأَنَّ الْمِلْكَ كان ثَابِتًا له في الْخَمْرِ وإذا صَارَ خَلًّا حَدَثَ الْخَلُّ على مِلْكِهِ وَلَيْسَ لِلْغَاصِبِ فيه عَيْنُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ لِأَنَّ الْمِلْحَ الْمُلْقَى في الْخَمْرِ يَتْلَفُ فيها فصارت (((فصار))) كما لو تَخَلَّلَتْ بِنَفْسِهَا في يَدِهِ
وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَأَخَذَهُ من غَيْرِ شَيْءٍ
كَذَا

هذا
وَقِيلَ مَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ خَلَّلَهَا بِالنَّقْلِ من الظِّلِّ إلَى الشَّمْسِ لَا بِشَيْءٍ له قِيمَةٌ
وهو الصَّحِيحُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ وَدَبَغَهُ أَنَّهُ إنْ دَبَغَهُ بِشَيْءٍ لَا قِيمَةَ له كَالْمَاءِ وَالتُّرَابِ وَالشَّمْسِ كان لِصَاحِبِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ ولاشيء عليه لِلْغَاصِبِ لِأَنَّ الْجِلْدَ كان مِلْكَهُ وَبَعْدَمَا صَارَ مَالًا بِالدِّبَاغِ بَقِيَ على حُكْمِ مِلْكِهِ وَلَيْسَ لِصَاحِبِهِ فيه عَيْنُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ إنَّمَا فيه مُجَرَّدُ فِعْلِ الدِّبَاغِ وَمُجَرَّدُ الْعَمَلِ لَا يَتَقَوَّمُ إلَّا بِالْعَقْدِ ولم يُوجَدْ
هذا إذَا أَخَذَهُ من مَنْزِلِهِ فَدَبَغَهُ فَأَمَّا إذَا كانت الْمَيْتَةُ مُلْقَاةً على الطَّرِيقِ فَأَخَذَ جِلْدَهَا فَدَبَغَهُ فَلَا سَبِيلَ له على الْجِلْدِ لِأَنَّ الْإِلْقَاءَ في الطَّرِيقِ إبَاحَةٌ لِلْأَخْذِ كَإِلْقَاءِ النَّوَى وَقُشُورِ الرُّمَّانِ على قَوَارِعِ الطُّرُقِ
وَلَوْ هَلَكَ الْجِلْدُ الْمَغْصُوبُ بعدما دَبَغَهُ بِشَيْءٍ لَا قِيمَةَ له لَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ الضَّمَانَ لو وَجَبَ عليه إمَّا أَنْ يَجِبَ بِالْغَصْبِ السَّابِقِ وَإِمَّا أَنْ يَجِبَ بِالْإِتْلَافِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ له وَقْتَ الْغَصْبِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ الْإِتْلَافُ من الْغَاصِبِ
وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ كان مِلْكَهُ قبل الدِّبَاغِ وَبَعْدَمَا صَارَ مَالًا

بِالدِّبَاغِ بَقِيَ على حُكْمِ مِلْكِهِ لَا حَقَّ لِلْغَاصِبِ فيه وَإِتْلَافُ مَالٍ مَمْلُوكٍ لِلْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لَا حَقَّ له فيه يوجب (((فيوجب))) الضَّمَانَ
وَلَوْ دَبَغَهُ بِشَيْءٍ مُتَقَوِّمٍ كَالْقَرَظِ وَالْعَفْصِ وَنَحْوِهِمَا فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَغْرَمَ له ما زَادَ الدِّبَاغُ فيه لِأَنَّهُ مِلْكُ صَاحِبِهِ وَلِلْغَاصِبِ فيه عَيْنُ مِلْكٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ فَلَزِمَ مُرَاعَاةُ الْجَانِبَيْنِ وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَا وَلَيْسَ له أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ الْجِلْدِ لِأَنَّهُ لو ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ يوم الْغَصْبِ ولم يَكُنْ له قِيمَةٌ يوم الْغَصْبِ
وَلَوْ هَلَكَ في يَدِهِ بعدما دَبَغَهُ لَا ضَمَانَ عليه لِمَا بَيَّنَّا وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه
وَذَكَرَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ على قَوْلِهِمَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ مَدْبُوغًا وَيُعْطِيهِ الْمَالِكُ ما زَادَ الدِّبَاغُ فيه
وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في مُخْتَصَرِهِ أَنَّ عِنْدَهُمَا يَغْرَمُ قِيمَتَهُ إن لو كان الْجِلْدُ ذَكِيًّا غير مَدْبُوغٍ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مُتَقَوِّمًا مَمْلُوكًا بِغَيْرِ إذْنِ مَالِكِهِ فَيُوجِبُ الضَّمَانَ كما إذَا دَبَغَهُ بِشَيْءٍ لَا قِيمَةَ له فَاسْتَهْلَكَهُ وَإِنَّمَا قُلْنَا ذلك أَمَّا الْمَالِيَّةُ وَالتَّقَوُّمُ فَلِأَنَّ الْجِلْدَ بِالدِّبَاغِ صَارَ مَالًا مُتَقَوِّمًا
وَأَمَّا الْمِلْكُ فَلِأَنَّهُ كان ثَابِتًا له قبل الدِّبَاغِ وَبَعْدَهُ بَقِيَ على حُكْمِ مِلْكِهِ وَلِهَذَا وَجَبَ عليه الضَّمَانُ فِيمَا إذَا دَبَغَهُ بِمَا لَا قِيمَةَ له كَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ التَّقَوُّمَ حَدَثَ بِصُنْعِ الْغَاصِبِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عليه لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْحَادِثَ بِفِعْلِ الْإِنْسَانِ حَقًّا له فَلَا يُمْكِنُ إيجَابُ الضَّمَانِ عليه فَالْتُحِقَ هذا الْوَصْفُ بِالْعَدَمِ فَكَانَ هذا إتْلَافُ مَالٍ لَا قِيمَةَ له من حَيْثُ الْمَعْنَى فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ وَلِأَنَّ تَقَوُّمَ الْجِلْدِ تَابِعٌ لِمَا زَادَ الدِّبَاغُ فيه لِأَنَّهُ حَصَلَ بِالدِّبَاغِ وما زَادَ الدِّبَاغُ مَضْمُونٌ فيه فَكَذَا ما هو تَابِعٌ له يَكُونُ مُلْحَقًا بِهِ
وَالْمَضْمُونُ بِبَدَلٍ لَا يُضْمَنُ بِالْقِيمَةِ عِنْدَ الْإِتْلَافِ كَالْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ بِخِلَافِ ما إذَا دَبَغَهُ بِشَيْءٍ لَا قِيمَةَ له لِأَنَّ هُنَاكَ ما زَادَ الدِّبَاغُ فيه غَيْرُ مَضْمُونٍ فلم يُوجَدْ الْأَصْلُ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ
وَإِنْ كان الْجِلْدُ ذَكِيًّا فَدَبَغَهُ فَإِنْ دَبَغَهُ بِمَا لَا قِيمَةَ له فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ وَلَا شَيْءَ عليه لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مِلْكُ صَاحِبِهِ وَلَيْسَ لِلْغَاصِبِ فيه عَيْنُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ قَائِمٍ وَلَيْسَ له أَنْ يُضَمِّنَ الْغَاصِبَ شيئا لِأَنَّ الْجِلْدَ قَائِمٌ لم يُنْتَقَصْ
وَلَوْ دَبَغَهُ بِمَا له قِيمَةٌ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ غير مَدْبُوغٍ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَأَعْطَاهُ ما زَادَ الدِّبَاغُ فيه لِمَا ذَكَرْنَا في الثَّوْبِ الْمَغْصُوبِ إذَا صَبَغَهُ أَصْفَرَ أو أَحْمَرَ بِصِبْغِ نَفْسِهِ
وَلَوْ أَنَّ الْغَاصِبَ جَعَلَ هذا الْجِلْدَ أَدِيمًا أو زِقًّا أو دَفْتَرًا أو جِرَابًا أو فَرْوًا لم يَكُنْ لِلْمَغْصُوبِ منه على ذلك سَبِيلٌ لِأَنَّهُ صَارَ شيئا آخَرَ حَيْثُ تَبَدَّلَ الِاسْمُ وَالْمَعْنَى فَكَانَ اسْتِهْلَاكًا له مَعْنًى ثُمَّ إنْ كان الْجِلْدُ ذَكِيًّا فَلَهُ قِيمَتُهُ يوم الْغَصْبِ وَإِنْ كان مَيْتَةً فَلَا شَيْءَ
وَلَوْ غَصَبَ عصيرا (((عصير))) لمسلم (((المسلم))) فَصَارَ خَمْرًا في يَدِهِ أو خَلًّا ضَمِنَ عَصِيرًا مثله لِأَنَّهُ هَلَكَ في يَدِهِ بِصَيْرُورَتِهِ خَمْرًا أو خَلًّا وَالْعَصِيرُ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ اخْتِلَافِ الْغَاصِبِ وَالْمَغْصُوبِ منه إذَا قال الْغَاصِبُ هَلَكَ الْمَغْصُوبُ في يَدِي ولم يُصَدِّقْهُ الْمَغْصُوبُ منه وَلَا بَيِّنَةَ لِلْغَاصِبِ فإن الْقَاضِيَ يَحْبِسُ الْغَاصِبَ مُدَّةً لو كان قَائِمًا لَأَظْهَرَهُ في تِلْكَ الْمُدَّةِ ثُمَّ يَقْضِي عليه بِالضَّمَانِ لِمَا قُلْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ إن الْحُكْمَ الْأَصْلِيَّ لِلْغَصْبِ هو وُجُوبُ رَدِّ عَيْنِ الْمَغْصُوبِ وَالْقِيمَةُ خَلَفٌ عنه فما لم يَثْبُتْ الْعَجْزُ عن الْأَصْلِ لَا يقضى بِالْقِيمَةِ

التي هِيَ خَلْفٌ
وَلَوْ اخْتَلَفَا في أَصْلِ الْغَصْبِ أو في جِنْسِ الْمَغْصُوبِ وَنَوْعِهِ أو قَدْرِهِ أو صِفَتِهِ أو قِيمَتِهِ وَقْتَ الْغَصْبِ فَالْقَوْلُ في ذلك كُلِّهِ قَوْلُ الْغَاصِبِ لِأَنَّ الْمَغْصُوبَ منه يَدَّعِي عليه الضَّمَانَ وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ

إذْ الْقَوْلُ في الشَّرْعِ قو (((قول))) الْمُنْكِرِ
وَلَوْ أَقَرَّ الْغَاصِبُ بِمَا يَدَّعِي الْمَغْصُوبُ منه وَادَّعَى الرَّدَّ عليه لَا يُصَدَّقُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْغَصْبِ إقْرَارٌ بِوُجُودِ سَبَبِ وُجُودِ الضَّمَانِ منه فَهُوَ بِقَوْلِهِ رَدَدْت عَلَيْك يَدَّعِي انْفِسَاخَ السَّبَبِ فَلَا يُصَدَّقُ من غَيْرِ بَيِّنَةٍ
وَكَذَلِكَ لو ادَّعَى الْغَاصِبُ أَنَّ الْمَغْصُوبَ منه هو الذي أَحْدَثَ الْعَيْبَ في الْمَغْصُوبِ لَا يُصَدَّقُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِوُجُودِ الْغَصْبِ منه إقْرَارٌ بِوُجُودِ الْغَصْبِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ في ضَمَانِهِ فَهُوَ يَدَّعِي إحْدَاثَ الْعَيْبِ من الْمَغْصُوبِ منه وَيَدَّعِي خُرُوجَ بَعْضِ أَجْزَائِهِ عن ضَمَانِهِ فَلَا يُصَدَّقُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ
وَلَوْ أَقَامَ الْمَغْصُوبُ منه الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ غَصَبَ الدَّابَّةَ وَنَفَقَتْ عِنْدَهُ وَأَقَامَ الْغَاصِبُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ رَدَّهَا إلَيْهِ وإنها نَفَقَتْ عِنْدَهُ فَلَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّ شُهُودَ الْمَغْصُوبِ منه اعْتَمَدُوا في شَهَادَتِهِمْ على اسْتِصْحَابِ الْحَالِ لِمَا أَنَّهُمْ عَلِمُوا بِالْغَصْبِ وما عَلِمُوا بِالرَّدِّ فَبَنَوْا الْأَمْرَ على ظَاهِرِ بَقَاءِ الْمَغْصُوبِ في يَدِ الْغَاصِبِ إلَى وَقْتِ الْهَلَاكِ وَشُهُودُ الْغَاصِبِ اعْتَمَدُوا في شَهَادَتِهِمْ بِالرَّدِّ حَقِيقَةَ الْأَمْرِ وهو الرَّدُّ لِأَنَّهُ أَمْرٌ لم يَكُنْ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ الْقَائِمَةُ على الرَّدِّ أَوْلَى كما في شُهُودِ الْجُرْحِ مع شُهُودِ التَّزْكِيَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْغَاصِبَ ضَامِنٌ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ أَقَامَ الْمَغْصُوبُ منه الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ غَصَبَ منه هذا الْعَبْدَ وَمَاتَ عِنْدَهُ وَأَقَامَ الْغَاصِبُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْعَبْدَ مَاتَ في يَدِ مَوْلَاهُ قبل الْغَصْبِ لم يَنْتَفِعْ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ مَوْتَهُ في يَدِ مَوْلَاهُ قبل الْغَصْبِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ فلم تُقْبَلْ الشَّهَادَةُ عليه وَالْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِشَهَادَةِ شُهُودِ الْمَغْصُوبِ منه وَلِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّ شُهُودَ الْغَاصِبِ اعْتَمَدُوا اسْتِصْحَابَ الْحَالِ وهو حَالُ الْيَدِ التي كانت عليه لِلْمَوْلَى لِجَوَازِ أَنَّهُمْ عَلِمُوهَا ثَابِتَةً ولم يعلموا (((يعلموها))) بِالْغَصْبِ وَظَنُّوا تِلْكَ الْيَدَ قَائِمَةً فَاسْتَصْحَبُوهَا وَشُهُودُ الْمَغْصُوبِ منه اعْتَمَدُوا في شَهَادَتِهِمْ تَحَقُّقَ الْغَصْبِ فَكَانَتْ شَهَادَتُهُمْ أَوْلَى بِالْقَبُولِ
وَلَوْ أَقَامَ الْمَغْصُوبُ منه الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْغَاصِبَ غَصَبَ هذا الْعَبْدَ يوم النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ وَأَقَامَ الْغَاصِبُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ كان يوم النَّحْرِ بِمَكَّةَ هو وَالْعَبْدُ فَالضَّمَانُ وَاجِبٌ على الْغَاصِبِ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْغَاصِبِ لَا يَتَعَلَّقُ بها حُكْمٌ فَالْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ فَبَقِيَتْ بَيِّنَةُ الْمَغْصُوبِ منه بِلَا مُعَارِضٍ فَلَزِمَ الْعَمَلُ بها
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْإِمْلَاءِ إذَا أَقَامَ الْغَاصِبُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ في يَدِ الْمَغْصُوبِ منه وَأَقَامَ الْمَغْصُوبُ منه الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ في يَدِ الْغَاصِبِ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْغَاصِبِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ بَيِّنَتَهُ قَامَتْ على إثْبَاتِ أَمْرٍ لم يَكُنْ وهو الرَّدُّ وَبَيِّنَةُ الْمَغْصُوبِ منه قَامَتْ على إبْقَاءِ ما كان على ما كان وهو الْغَصْبُ فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الرَّدِّ أَوْلَى وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ أَقَامَ الْمَغْصُوبُ منه الْبَيِّنَةَ أَنَّ الدَّابَّةَ نَفَقَتْ عِنْدَ الْغَاصِبِ من رُكُوبِهِ وَأَقَامَ الْغَاصِبُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ رَدَّهَا إلَيْهِ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمَغْصُوبِ منه وَعَلَى الْغَاصِبِ الْقِيمَةُ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْغَاصِبِ لَا تَدْفَعُ بَيِّنَةَ الْمَغْصُوبِ منه لِأَنَّهَا قَامَتْ على رَدِّ الْمَغْصُوبِ وَمِنْ الْجَائِزِ أَنَّهُ رَدَّهَا ثُمَّ غَصَبَهَا ثَانِيًا وَرَكِبَهَا فَنَفَقَ في يَدِهِ فَأَمْكَنَ الْجَمْعُ بين الْبَيِّنَتَيْنِ

وَكَذَلِكَ لو شَهِدَ شُهُودُ صَاحِبِ الدَّابَّةِ أَنَّ الْغَاصِبَ قَتَلَهَا وَشَهِدَ شُهُودُ الْغَاصِبِ أَنَّهُ رَدَّهَا إلَيْهِ لِمَا قُلْنَا كما إذَا قال رَجُلٌ لِآخَرَ غَصَبْنَا مِنْكَ أَلْفًا ثُمَّ قال كنا عَشَرَةً

قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُصَدَّقُ وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ يُصَدَّقُ

وَجْهُ قَوْلِهِ إن قَوْلَهُ غَصَبْنَا مِنْكَ حَقِيقَةٌ لِلْجَمْعِ وَالْعَمَلُ بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ وَاجِبٌ وفي الْحَمْلِ على الْوَاحِدِ تَرْكٌ لِلْعَمَلِ بِالْحَقِيقَةِ فَيُصَدَّقُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْعَمَلَ بِالْحَقِيقَةِ وَاجِبٌ ما أَمْكَنَ وَهَهُنَا لَا يُمْكِنُ لِأَنَّ قَوْلَهُ غَصَبْنَا

إخْبَارٌ عن وُجُودِ الْغَصْبِ من جَمَاعَةٍ مَجْهُولِينَ فَلَوْ عَمِلْنَا بحقيقة (((بحقيقته))) لَأَلْغَيْنَا كَلَامَهُ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْعَمَلَ بِالْمَجَازِ أَوْلَى من الْإِلْغَاءِ

وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا مَسَائِلُ الْإِتْلَافِ فَالْكَلَامُ فيها أَنَّ الْإِتْلَافَ لَا يَخْلُو إمَّا إن وَرَدَ على بَنِي آدَمَ وَإِمَّا إن وَرَدَ على غَيْرِهِمْ من الْبَهَائِمِ وَالْجَمَادَاتِ فَإِنْ وَرَدَ على بَنِي آدَمَ فَحُكْمُهُ في النَّفْسِ وما دُونَهَا نَذْكُرُهُ في كِتَابِ الْجِنَايَاتِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَإِنْ وَرَدَ على غَيْرِ بَنِي آدَمَ فإنه يُوجِبُ الضَّمَانَ إذَا اسْتَجْمَعَ شَرَائِطَ الْوُجُوبِ فَيَقَعُ الْكَلَامُ فيه في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ كَوْنِهِ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ وفي بَيَانِ شُرُوطِ وُجُوبِ الضَّمَانِ وفي بَيَانِ مَاهِيَّةِ الضَّمَانِ الْوَاجِبِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا شَكَّ أَنَّ الْإِتْلَافَ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ عِنْدَ اسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ الْوُجُوبِ لِأَنَّ إتْلَافَ الشَّيْءِ إخْرَاجُهُ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ مَنْفَعَةً مَطْلُوبَةً منه عَادَةً

وَهَذَا اعْتِدَاءٌ وَإِضْرَارٌ وقد قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُمْ }

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ في الْإِسْلَامِ وقد تَعَذَّرَ نَفْيُ الضَّرَرِ من حَيْثُ الصُّورَةُ فَيَجِبُ نَفْيُهُ من حَيْثُ الْمَعْنَى بِالضَّمَانِ لِيَقُومَ الضَّمَانُ مَقَامَ الْمُتْلَفِ فَيَنْتَفِي الضَّرَرُ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ وَلِهَذَا وَجَبَ الضَّمَانُ بِالْغَصْبِ فَبِالْإِتْلَافِ أَوْلَى لِأَنَّهُ في كَوْنِهِ اعْتِدَاءً وَإِضْرَارًا فَوْقَ الْغَصْبِ فلما وَجَبَ بِالْغَصْبِ فَلَأَنْ يَجِبَ بِالْإِتْلَافِ أَوْلَى سَوَاءٌ وَقَعَ إتْلَافًا له صُورَةً وَمَعْنًى بِإِخْرَاجِهِ عن كَوْنِهِ صَالِحًا لِلِانْتِفَاعِ أو مَعْنًى بِإِحْدَاثِ مَعْنًى فيه يَمْنَعُ من الِانْتِفَاعِ بِهِ مع قِيَامِهِ في نَفْسِهِ حَقِيقَةً لِأَنَّ كُلَّ ذلك اعْتِدَاءٌ وَإِضْرَارٌ وسواء (((سواء))) كان الْإِتْلَافُ مُبَاشَرَةً بِإِيصَالِ الْآلَةِ بِمَحَلِّ التَّلَفِ أو تَسْبِيبًا بِالْفِعْلِ في مَحَلٍّ يُفْضِي إلَى تَلَفِ غَيْرِهِ عَادَةً لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقَعُ اعْتِدَاءً وَإِضْرَارًا فَيُوجِبُ الضَّمَانَ

وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ إذَا قَتَلَ دَابَّةَ إنْسَانٍ أو أَحْرَقَ ثَوْبَهُ أو قَطَعَ شَجَرَةَ إنْسَانٍ أو أَرَاقَ عَصِيرَهُ أو هَدَمَ بِنَاءَهُ ضَمِنَ سَوَاءٌ كان الْمُتْلَفُ في يَدِ الْمَالِكِ أو في يَدِ الْغَاصِبِ لِتَحَقُّقِ الْإِتْلَافِ في الْحَالَيْنِ غير أَنَّ الْمَغْصُوبَ إنْ كان مَنْقُولًا وهو في يَدِ الْغَاصِبِ يُخَيَّرُ الْمَالِكُ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُتْلِفَ لِوُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ فَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ على الْمُتْلِفِ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَغْصُوبَ بِالضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ إن الْإِتْلَافَ وَرَدَ على مِلْكِهِ

وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُتْلِفَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على أَحَدٍ وَإِنْ كان عَقَارًا ضَمِنَ الْمُتْلِفُ وَلَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الْجَوَابُ فيه وفي الْمَنْقُولِ سَوَاءٌ بِنَاءً على أَنَّ الْعَقَارَ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْغَصْبِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ مَضْمُونٌ بِهِ فَكَانَ له أَنْ يُضَمِّنَ أَيَّهمَا شَاءَ كما في الْمَنْقُولِ

وَكَذَلِكَ إذَا نَقَصَ مَالُ إنْسَانٍ بِمَا لَا يَجْرِي فيه الرِّبَا ضَمِنَ النُّقْصَانَ

سَوَاءٌ كان في يَدِ الْمَالِكِ أو في يَدِ الْغَاصِبِ لِأَنَّ النَّقْصَ إتْلَافُ جُزْءٍ منه وَتَضْمِينُهُ مُمْكِنٌ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا فَيَضْمَنُ قَدْرَ النُّقْصَانِ بِخِلَافِ الْأَمْوَالِ الربوبية (((الربوية))) على ما مَرَّ غير أَنَّ النُّقْصَانَ إنْ كان بِفِعْلِ غَيْرِ الْغَاصِبِ فَالْمَغْصُوبُ منه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ وَيَرْجِعُ الْغَاصِبُ على الذي نَقَصَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الذي نَقَصَ وهو لَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ غَصَبَ عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَازْدَادَ في يَدِ الْغَاصِبِ حتى صَارَتْ قِيمَتُهُ أَلْفَيْنِ فَقَتَلَهُ إنْسَانٌ خَطَأً فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ قِيمَتَهُ وَقْتَ الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْقَاتِلَ قِيمَتَهُ وَقْتَ الْقَتْلِ أَلْفَيْنِ لِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَا وُجُوبِ الضَّمَانِ الْغَصْبَ وَالْقَتْلَ وَالزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ في يَدِ الْغَاصِبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْغَصْبِ وَهِيَ مَضْمُونَةٌ بِالْقَتْلِ لِذَلِكَ ضَمِنَ الْغَاصِبُ أَلْفًا وَالْقَاتِلُ أَلْفَيْنِ فَإِنْ ضَمِنَ الْقَاتِلُ فإنه لَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ

وَإِنْ ضَمِنَ الْغَاصِبُ فَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ على عاقله الْقَاتِلِ بِأَلْفَيْنِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ على الْأَلْفِ

وَأَمَّا الرُّجُوعُ عليهم بِأَلْفَيْنِ فَلِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَغْصُوبَ بِالضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَتْلَ وَرَدَ على عبد الْغَاصِبِ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ

وَأَمَّا التَّصَدُّقُ بِالْفَضْلِ على الْأَلْفِ فَلِتَمَكُّنِ الْخَبَثِ فيه لِاخْتِلَالِ الْمِلْكِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هذا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَظْهَرَ

فَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَالْفَضْلُ طَيِّبٌ له وَلَا يَلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ بِهِ وَإِنْ قَتَلَهُ الْغَاصِبُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ خَطَأً فَالْمَغْصُوبُ منه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الْغَاصِبُ قِيمَتَهُ يوم الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ عَاقِلَتَهُ قِيمَتَهُ يوم الْقَتْلِ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ وهو الصَّحِيحُ بِخِلَافِ الْمَغْصُوبِ إذَا كان حَيَوَانًا سِوَى بَنِي آدَمَ فَقَتَلَهُ الْغَاصِبُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ إلَّا يوم الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وقد بَيَّنَّا له الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَلَوْ قَتَلَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ في يَدِ الْغَاصِبِ بَعْدَ حُدُوثِ الزِّيَادَةِ ضَمِنَ الْغَاصِبُ قِيمَتَهُ يوم الْغَصْبِ أَلْفًا لِأَنَّ قَتْلَهُ نَفْسَهُ يُهْدَرُ فَيُلْحَقُ بِالْعَدَمِ كَأَنَّهُ مَاتَ بِنَفْسِهِ وَلَوْ كان كَذَلِكَ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ يوم الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ

كَذَا هذا

وَلَوْ كانت الْجَارِيَةُ وَلَدَتْ وَلَدًا فَقَتَلَتْ وَلَدَهَا ثُمَّ مَاتَتْ الْجَارِيَةُ فَعَلَى الْغَاصِبِ قِيمَتُهَا يوم الْغَصْبِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَلَيْسَ عليه ضَمَانُ الْوَلَدِ لِأَنَّ قَتْلَهَا وَلَدَهَا هَدَرٌ وَلَا حُكْمَ له فَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ كَأَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ فَهَلَكَ أَمَانَةً وَبَقِيَتْ الْأُمُّ مَضْمُونَةً بِالْغَصْبِ

وَلَوْ أَوْدَعَ رَجُلَانِ رَجُلًا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفَ دِرْهَمٍ فَخَلَطَ الْمُسْتَوْدَعُ أَحَدَ

الْأَلْفَيْنِ بِالْآخَرِ خَلْطًا لَا يَتَمَيَّزُ ضَمِنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفًا وَمَلَكَ الْمَخْلُوطَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْخَلْطَ وَقَعَ إتْلَافًا مَعْنًى وَعِنْدَهُمَا هُمَا بِالْخِيَارِ بين أَنْ يَأْخُذَا ذلك وَيَقْتَسِمَاهُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَاهُ وَالْمَسْأَلَةُ مَرَّتْ في كِتَابِ الْوَدِيعَةِ
ثُمَّ قال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يَسَعُ الْمُودَعُ أَكْلَ هذه الدَّرَاهِمِ حتى يُؤَدِّيَ مِثْلَهَا إلَى أَصْحَابِهَا
وَهَذَا صَحِيحٌ لَا خِلَافَ فيه

(7/165)

لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لم يَنْقَطِعْ حَقُّ الْمَالِكِ وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ انْقَطَعَ وَثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْمُسْتَوْدَعِ لَكِنْ فيه خَبَثٌ فَيُمْنَعُ من التصرف (((الصرف))) فيه حتى يَرْضَى صَاحِبُهُ
وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا له كُرَّانِ اغْتَصَبَ رَجُلٌ أَحَدَهُمَا أو سَرَقَهُ ثُمَّ إنَّ الْمَالِكَ أَوْدَعَ الْغَاصِبَ أو السَّارِقَ ذلك الْآخَرَ فَخَلَطَهُ بِكُرِّ الْغَصْبِ ثُمَّ ضَاعَ ذلك كُلُّهُ ضَمِنَ كُرَّ الْغَصْبِ ولم يَضْمَنْ كُرَّ الْوَدِيعَةِ بِسَبَبِ الْخَلْطِ لِأَنَّهُ خَلَطَ مِلْكَهُ بِمِلْكِهِ وَذَلِكَ ليس بِاسْتِهْلَاكٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عليه بِسَبَبِ الْخَلْطِ وَبَقِيَ الْكُرُّ الْمَضْمُونُ وَكُرُّ الْأَمَانَةِ في يَدِهِ على حَالِهِمَا فَصَارَ كَأَنَّهُمَا هَلَكَا قبل الْخَلْطِ
وَلَوْ خَلَطَ الْغَاصِبُ دَرَاهِمَ الْغَصْبِ بِدَرَاهِمِ نَفْسِهِ خَلْطًا لَا يَتَمَيَّزُ ضَمِنَ مِثْلَهَا وَمَلَكَ الْمَخْلُوطَ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا بِالْخَلْطِ وَإِنْ مَاتَ كان ذلك لِجَمِيعِ الْغُرَمَاءِ وَالْمَغْصُوبُ منه أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ زَالَ مِلْكُهُ عنها وَصَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ
وَلَوْ اخْتَلَطَتْ دَرَاهِمُ الْغَصْبِ بِدَرَاهِمِ نَفْسِهِ بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَلَا يَضْمَنُ وهو شَرِيكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه لِأَنَّ الِاخْتِلَاطَ من غَيْرِ صُنْعِهِ هَلَاكٌ وَلَيْسَ بِإِهْلَاكٍ فَصَارَ كما لو تَلِفَتْ بِنَفْسِهَا وَصَارَا شَرِيكَيْنِ لِاخْتِلَاطِ الْمِلْكَيْنِ على وَجْهٍ لَا يَتَمَيَّزُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ صَبَّ مَاءً في طَعَامٍ في يَدِ إنْسَانٍ فَأَفْسَدَهُ وزاد في كَيْلِهِ فَلِصَاحِبِ الطَّعَامِ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ قبل أَنْ يَصُبَّ فيه الْمَاءَ وَلَيْسَ له أَنْ يُضَمِّنَهُ طَعَامًا مثله وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُضَمِّنَهُ مِثْلَ كَيْلِهِ قبل صَبِّ الْمَاءِ
وَكَذَلِكَ لو صَبَّ مَاءً في دُهْنٍ أو زَيْتٍ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى أَنْ يُضَمِّنَهُ مِثْلَ الطَّعَامِ الْمَبْلُولِ وَالدُّهْنِ الْمَصْبُوبِ فيه الْمَاءُ لِأَنَّهُ لَا مِثْلَ له وَلَا سَبِيلَ إلَى أَنْ يُضَمِّنَهُ مِثْلَ كَيْلِ الطَّعَامِ قبل صَبِّ الْمَاءِ فيه لِأَنَّهُ لم يَكُنْ منه غَصْبٌ مُتَقَدِّمٌ حتى لو غَصَبَ ثُمَّ صَبَّ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ فَتَحَ بَابَ قَفَصٍ فَطَارَ الطَّيْرُ منه وَضَاعَ لم يَضْمَنْ في قَوْلِهِمَا
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَضْمَنُ وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ طَارَ من فَوْرِهِ ذلك ضَمِنَ وَإِنْ مَكَثَ سَاعَةً ثُمَّ طَارَ لَا يَضْمَنُ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ فَتْحَ بَابِ الْقَفَصِ وَقَعَ إتْلَافًا لِلطَّيْرِ تَسْبِيبًا لِأَنَّ الطَّيَرَانَ لِلطَّيْرِ طَبْعٌ له فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَطِيرُ إذَا وَجَدَ الْمُخَلِّصَ فَكَانَ الْفَتْحُ إتْلَافًا له تَسْبِيبًا فَيُوجِبُ الضَّمَانَ كما إذَا شَقَّ زِقَّ إنْسَانٍ فيه دُهْنٌ مَائِعٌ فَسَالَ وَهَلَكَ وَهَذَا وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَيْضًا إلَّا أَنَّهُ يقول إذَا مَكَثَ سَاعَةً لم يَكُنْ الطَّيَرَانُ بَعْدَ ذلك مُضَافًا إلَى الْفَتْحِ بَلْ إلَى اخْتِيَارِهِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْفَتْحَ ليس بِإِتْلَافٍ مُبَاشَرَةً وَلَا تَسْبِيبًا
أَمَّا الْمُبَاشَرَةُ فَظَاهِرَةُ الِانْتِفَاءِ
وَأَمَّا التَّسْبِيبُ فَلِأَنَّ الطَّيْرَ مُخْتَارٌ في الطَّيَرَانِ لِأَنَّهُ حَيٌّ وَكُلُّ حَيٍّ له اخْتِيَارٌ فَكَانَ الطَّيَرَانُ مُضَافًا إلَى اخْتِيَارِهِ وَالْفَتْحُ سَبَبًا مَحْضًا فَلَا حُكْمَ له كما إذَا حَلَّ الْقَيْدَ عن عبد إنْسَانٍ حتى أبق إنه لَا ضَمَانَ عليه لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا بِخِلَافِ شَقِّ الزِّقِّ الذي فيه دُهْنٌ مَائِعٌ لِأَنَّ الْمَائِعَ سَيَّالٌ بِطَبْعِهِ بِحَيْثُ لَا يُوجَدُ منه الِاسْتِمْسَاكُ عِنْدَ عَدَمِ الْمَانِعِ إلَّا على نَقْضِ الْعَادَةِ فَكَانَ الْفَتْحُ تَسَبُّبًا لِلتَّلَفِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا حَلَّ رِبَاطَ الدَّابَّةِ أو فَتَحَ بَابَ الاصطبل حتى خَرَجَتْ الدَّابَّةُ وَضَلَّتْ
وَقَالُوا إذَا حَلَّ رِبَاطَ الزَّيْتِ أَنَّهُ إنْ كان ذَائِبًا فَسَالَ منه ضَمِنَ وَإِنْ كان السَّمْنُ جَامِدًا فَذَابَ بِالشَّمْسِ وَزَالَ لم يَضْمَنْ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَائِعَ يَسِيلُ بِطَبْعِهِ إذَا وَجَدَ مَنْفَذًا بِحَيْثُ يَسْتَحِيلُ اسْتِمْسَاكُهُ عَادَةً فَكَانَ حَلُّ الرِّبَاطِ إتْلَافًا له تَسْبِيبًا فَيُوجِبُ الضَّمَانَ بِخِلَافِ الْجَامِدِ لِأَنَّ السَّيَلَانَ طَبْعُ الْمَائِعِ لَا طَبْعُ الْجَامِدِ وهو وَإِنْ صَارَ مَائِعًا لَكِنْ لَا بِصُنْعِهِ بَلْ بِحَرَارَةِ الشَّمْسِ فلم يَكُنْ التَّلَفُ مُضَافًا إلَيْهِ لَا مُبَاشَرَةً وَلَا تَسْبِيبًا فَلَا يَضْمَنُ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ صَبِيًّا صَغِيرًا حُرًّا من أَهْلِهِ فَعَقَرَهُ سَبْعٌ أو نَهَشَتْهُ حَيَّةٌ أو وَقَعَ في بِئْرٍ أو من سَطْحٍ فَمَاتَ إن على عَاقِلَةِ الْغَاصِبِ الدِّيَةَ لِوُجُودِ الْإِتْلَافِ من الْغَاصِبِ تَسْبِيبًا لِأَنَّهُ كان مَحْفُوظًا بِيَدِ وَلِيِّهِ إذْ هو لَا يَقْدِرُ على حِفْظِ نَفْسِهِ بِنَفْسِهِ فإذا فَوَّتَ حِفْظَ الْأَهْلِ عنه ولم يَحْفَظْهُ بِنَفْسِهِ حتى أَصَابَتْهُ آفَةٌ فَقَدْ ضَيَّعَهُ فَكَانَ ذلك منه إتْلَافًا تَسْبِيبًا وَالْحُرُّ إنْ لم يَكُنْ مَضْمُونًا بِالْغَصْبِ يَكُونُ مَضْمُونًا بِالْإِتْلَافِ مُبَاشَرَةً كان أو تَسْبِيبًا وَلَوْ قَتَلَهُ إنْسَانٌ خَطَأً في يَدِ الْغَاصِبِ فَلِأَوْلِيَائِهِ أَنْ يَتَّبِعُوا أَيَّهمَا شاؤوا الْغَاصِبَ أو الْقَاتِلَ
أَمَّا الْقَاتِلُ فَلِوُجُودِ الْإِتْلَافِ منه مُبَاشَرَةً وَأَمَّا الْغَاصِبُ فَلِوُجُودِ الْإِتْلَافِ منه تَسْبِيبًا لِمَا ذَكَرْنَا وَالتَّسَبُّبُ يَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْمُبَاشَرَةِ في وُجُوبِ الضَّمَانِ كَحَفْرِ الْبِئْرِ على قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَالشَّهَادَةِ على الْقَتْلِ حتى لو رَجَعَ شُهُودُ الْقِصَاصِ ضَمِنُوا فَإِنْ اتَّبَعُوا الْقَاتِلَ بِالْمَالِ لَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ وَإِنْ اتَّبَعُوا الْغَاصِبَ فَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ على الْقَاتِلِ لِأَنَّ الْغَصْبَ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ قام مَقَامَ الْمُسْتَحَقِّ في حَقِّ مِلْكِ الضَّمَانِ وَإِنْ تَعَذَّرَ أَنْ يَقُومَ مَقَامَهُ في حَقِّ مِلْكِ الْمَضْمُونِ كَغَاصِبِ الْمُدَبَّرِ إذَا قُتِلَ الْمُدَبَّرُ في يَدِهِ

وَاخْتَارَ الْمَالِكُ تَضْمِينَ الْغَاصِبِ يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْقَاتِلِ وَإِنْ لم يَمْلِكْ نَفْسَ الْمُدَبَّرِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ كَذَا هذا
وَكَذَلِكَ لو وَقَعَ عليه حَائِطُ إنْسَانٍ فَالْغَاصِبُ ضَامِنٌ وَيَرْجِعُ على عَاقِلَةِ صَاحِبِ الْحَائِطِ إنْ كان تَقَدَّمَ إلَيْهِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ قَتَلَهُ إنْسَانٌ في يَدِ الْغَاصِبِ عَمْدًا فَأَوْلِيَاؤُهُ بِالْخِيَارِ إنْ شاؤوا قَتَلُوا الْقَاتِلَ وبرىء الْغَاصِبُ وَإِنْ شاؤوا اتَّبَعُوا الْغَاصِبَ بِالدِّيَةِ على عَاقِلَتِهِ وَيَرْجِعُ عَاقِلَةُ الْغَاصِبِ في مَالِ الْقَاتِلِ عَمْدًا وَلَا يَكُونُ لهم الْقِصَاصُ

أَمَّا وِلَايَةُ الْقِصَاصِ من الْقَاتِلِ فَلِوُجُودِ الْقَتْلِ الْعَمْدِ الْخَالِي عن الْمَوَانِعِ
وَأَمَّا وِلَايَةُ اتِّبَاعِ الْغَاصِبِ بِالدِّيَةِ فَلِوُجُودِ الْإِتْلَافِ منه تَسْبِيبًا على ما بَيَّنَّا فَإِنْ قَتَلُوا الْقَاتِلَ بريء الْغَاصِبُ لِأَنَّهُ لَا يُجْمَعُ بين الْقِصَاصِ وَالدِّيَةِ في نَفْسٍ وَاحِدَةٍ في قَتْلٍ وَاحِدٍ وَإِنْ اتَّبَعُوا الْغَاصِبَ فَالدِّيَةُ على عَاقِلَتِهِ تَرْجِعُ عَاقِلَتُهُ على مَالِ الْقَاتِلِ وَلَا يَكُونُ لهم أَنْ يَقْتَصُّوا من الْقَاتِلِ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لم يَصِرْ مِلْكًا لهم بِأَدَاءِ الضَّمَانِ إذْ هو لَا يَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ فلم يَقُمْ الْغَاصِبُ مَقَامَ الْوَلِيِّ في مِلْكِ الْقِصَاصِ فَسَقَطَ الْقِصَاصُ وَيَنْقَلِبُ مَالًا وَالْمَالُ يَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ فَجَازَ أَنْ يَقُومَ الْغَاصِبُ مَقَامَ الْوَلِيِّ في مِلْكِ الْمَالِ وَلَوْ قَتَلَ الصَّبِيُّ إنْسَانًا في يَدِ الْغَاصِبِ فَرَدَّهُ على الْوَلِيِّ وَضَمِنَ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ لم يَكُنْ لهم أَنْ يَرْجِعُوا على الْغَاصِبِ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِ ضَمَانِ الْغَصْبِ لِأَنَّ الْحُرَّ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْغَصْبِ وَلَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِ ضَمَانِ الْإِتْلَافِ لِأَنَّ الْغَاصِبَ إنَّمَا يَصِيرُ مُتْلِفًا إيَّاهُ تَسْبِيبًا بِجِنَايَةِ غَيْرِهِ عليه لَا بِجِنَايَتِهِ على غَيْرِهِ
وَلَوْ قَتَلَ الصَّبِيُّ نَفْسَهُ أو أتى على شَيْءٍ من نَفْسِهِ من الْيَدِ وَالرِّجْلِ وما أَشْبَهَ ذلك أو أَرْكَبَهُ الْغَاصِبُ دَابَّةً فَأَلْقَى نَفْسَهُ منها فَالْغَاصِبُ ضَامِنٌ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَضْمَنُ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ فِعْلَهُ على نَفْسِهِ هَدَرٌ فَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَصَارَ كَأَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ أو سَقَطَتْ يَدُهُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ
وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَا ضَمَانَ عليه كَذَا هذا
وَالْجَامِعُ أَنَّهُ لو وَجَبَ الضَّمَانُ لَوَجَبَ بِالْغَصْبِ وَالْحُرُّ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْغَصْبِ وَلِهَذَا لو جَنَى على غَيْرِهِ لَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ
كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْحُرَّ إنْ لم يَكُنْ مَضْمُونًا بِالْغَصْبِ فَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ مُبَاشَرَةً أو تَسْبِيبًا وقد وُجِدَ التَّسْبِيبُ من الْغَاصِبِ حَيْثُ تَرَكَ حِفْظَهُ عن أَسْبَابِ الْهَلَاكِ في الْحَالَيْنِ جميعا فَكَانَ مُتْلِفًا إيَّاهُ تَسْبِيبًا فَيَجِبُ الضَّمَانُ عليه وَلَا يَرْجِعُ الْغَاصِبُ على عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ بِمَا ضَمِنَ لِأَنَّ حُكْمَ فِعْلِهِ على نَفْسِهِ لَا يُعْتَبَرُ فَلَا يُمْكِنُ إيجَابُهُ على الْعَاقِلَةِ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَوْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَمَاتَ في يَدِهِ ضَمِنَ بِالْإِجْمَاعِ
وَلَوْ غَصَبَ أُمَّ وَلَدٍ فَمَاتَتْ في يَدِهِ من غَيْرِ آفَةٍ لم يَضْمَنْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في مَوْضِعِهَا
وَلَوْ مَاتَتْ في يَدِهِ بِآفَةٍ على الْوَجْهِ الذي بَيَّنَّا أَنَّهُ يَضْمَنُ في الصَّبِيِّ الْحُرِّ فإن الْغَاصِبَ يَغْرَم قِيمَتَهَا حَالَّةً في مَالِهِ لِوُجُودِ الْإِتْلَافِ منه تَسْبِيبًا وَأُمُّ الْوَلَدِ مَضْمُونَةٌ بِالْإِتْلَافِ بِلَا خِلَافٍ وَلِهَذَا وَجَبَ الضَّمَانُ في الصَّبِيِّ الْحُرِّ فَفِي أُمِّ الْوَلَدِ أَوْلَى وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ وُجُوبِ هذا الضَّمَانِ فَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمُتْلَفُ مَالًا فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِإِتْلَافِ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَجِلْدِ الْمَيْتَةِ وَغَيْرِ ذلك مِمَّا ليس بِمَالٍ
وقد ذَكَرْنَاَ ذلك في كتاب (((كتب))) الْبُيُوعِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُتَقَوِّمًا فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِإِتْلَافِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ على الْمُسْلِمِ سَوَاءٌ كان الْمُتْلِفُ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا لِسُقُوطِ تَقَوُّمِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ في حَقِّ الْمُسْلِمِ
وَلَوْ أَتْلَفَ مُسْلِمٌ أو ذِمِّيٌّ على ذِمِّيٍّ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا يَضْمَنُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالدَّلَائِلُ مَرَّتْ في مَسَائِلِ الْغَصْبِ
وَلَوْ أَتْلَفَ ذِمِّيٌّ على ذِمِّيٍّ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا ثُمَّ أَسْلَمَا أو أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا أَمَّا في الْخِنْزِيرِ فَلَا يَبْرَأُ الْمُتْلِفُ عن الضَّمَانِ الذي لَزِمَهُ سَوَاءٌ أَسْلَمَ الطَّالِبُ أو

الْمَطْلُوبُ أو أَسْلَمَا جميعا لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِإِتْلَافِ الْخِنْزِيرِ الْقِيمَةُ وَإِنَّهَا دَرَاهِمُ أو دَنَانِيرُ وَالْإِسْلَامُ لَا يَمْنَعُ من قَبْضِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ
وَأَمَّا في الْخَمْرِ فَإِنْ أَسْلَمَا جميعا أو أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا وهو الطَّالِبُ الْمُتْلَفُ عليه بَرِئَتْ ذِمَّةُ الْمَطْلُوبِ وهو الْمُتْلِفُ وَسَقَطَتْ عنه الْخَمْرُ بِالْإِجْمَاعِ
وَلَوْ أَسْلَمَ الْمَطْلُوبُ أَوَّلًا ثُمَّ أَسْلَمَ الطَّالِبُ أو لم يُسْلِمْ فَفِي قَوْلِ أبي يُوسُفَ وهو رِوَايَتُهُ عن أبي حَنِيفَةَ يَبْرَأُ الْمَطْلُوبُ من الْخَمْرِ وَلَا يُتَحَوَّلُ إلَى الْقِيمَةِ كما لو أَسْلَمَ الطَّالِبُ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ وَعَافِيَةَ بن زَيْدٍ الْقَاضِي وهو رِوَايَتُهُمْ عن أبي حَنِيفَةَ لَا يَبْرَأُ الْمَطْلُوبُ وَيَتَحَوَّلُ ما عليه من الْخَمْرِ إلَى الْقِيمَةِ كما لو كان الْإِتْلَافُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا لِلذِّمِّيِّ فَكَذَا إذَا أَتْلَفَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَلَوْ كَسَرَ على إنْسَانٍ بَرْبَطًا أو طَبْلًا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ خَشَبًا مَنْحُوتًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَذَكَرَ في الْمُنْتَقَى خَشَبًا أَلْوَاحًا وَعِنْدَهُمَا

لَا يَضْمَنُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذا آلَةُ اللَّهْوِ وَالْفَسَادِ فلم يَكُنْ مُتَقَوِّمًا كَالْخَمْرِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كما يَصْلُحُ لِلَّهْوِ وَالْفَسَادِ يَصْلُحُ لِلِانْتِفَاعِ بِهِ من وَجْهٍ آخَرَ فَكَانَ مَالًا مُتَقَوِّمًا من ذلك الْوَجْهِ
وَكَذَلِكَ لو أَرَاقَ لِإِنْسَانٍ مُسْكِرًا أو مُنَصَّفًا فَهُوَ على هذا الِاخْتِلَافِ وَالْمَسْأَلَةُ قد ذَكَرْنَاهَا في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَلَوْ أَحْرَقَ بَابًا مَنْحُوتًا عليه تَمَاثِيلُ مَنْقُوشَةٌ ضَمِنَ قِيمَتَهُ غير مَنْقُوشٍ بِتَمَاثِيلَ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لِنَقْشِ التَّمَاثِيلِ لِأَنَّ نَقْشَهَا مَحْظُورٌ
وَإِنْ كان صَاحِبُهُ قَطَعَ رؤوس التَّمَاثِيلِ ضَمِنَ قِيمَتَهُ مَنْقُوشًا لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ تِمْثَالًا بِلَا رَأْسٍ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ ليس بِمَحْظُورٍ فَكَانَ النَّقْشُ مَنْقُوشًا
وَلَوْ أَحْرَقَ بِسَاطًا فيه تَمَاثِيلُ رِجَالٍ ضَمِنَ قِيمَتَهُ مُصَوَّرًا لِأَنَّ التِّمْثَالَ على الْبِسَاطِ ليس بِمَحْظُورٍ لِأَنَّ الْبِسَاطَ يُوطَأُ فَكَانَ النَّقْشُ مُتَقَوِّمًا وَلَوْ هَدَمَ بَيْتًا مُصَوَّرًا ضَمِنَ قِيمَةَ الْبَيْتِ وَالصُّوَرُ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ لِأَنَّ الصُّوَرَ على الْبَيْتِ لَا قِيمَةَ لها لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَأَمَّا الصَّبْغُ فَمُتَقَوِّمٌ
وَلَوْ قَتَلَ جَارِيَةً مُغَنِّيَةً ضَمِنَ قِيمَتَهَا غير مُغَنِّيَةٍ لِأَنَّ الْغِنَاءَ لَا قِيمَةَ له لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ
هذا إذَا كان الْغِنَاءُ زِيَادَةً في الْجَارِيَةِ فَأَمَّا إذَا كان نُقْصَانًا فيها فإنه يَضْمَنُ قَدْرَ قِيمَتِهَا
وَعَلَى هذا تَخْرُجُ الْمُبَاحَاتُ التي لَيْسَتْ بِمَمْلُوكَةٍ لِأَحَدٍ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْإِتْلَافِ لِعَدَمِ تَقَوُّمِهَا
إذْ التَّقَوُّمُ يُبْنَى على الْعِزَّةِ وَالْحَظْرِ
وَلَا يَتَحَقَّقُ ذلك إلَّا بِالْإِحْرَازِ وَالِاسْتِيلَاءِ
وَأَمَّا الْمُبَاحُ الْمَمْلُوكُ وهو مَالُ الحزبي (((الحربي))) فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ

بِإِتْلَافِهِ أَيْضًا وَإِنْ كان مُتَقَوِّمًا لِفَقْدِ شَرْطٍ آخَرَ نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَإِنْ شِئْت قُلْت وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِإِتْلَافِ الْمُبَاحَاتِ الَّتِي لَا يَمْلِكُهَا أَحَدٌ وَالتَّخْرِيجُ على شَرْطِ التَّقَوُّمِ أَصَحُّ
لِأَنَّ كَوْنَ الشَّيْءِ مَمْلُوكًا في نَفْسِهِ ليس بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ
فإن الْمَوْقُوفَ مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ وَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ أَصْلًا
أَرْضٌ بين شَرِيكَيْنِ زَرَعَهَا أَحَدُهُمَا وَتَرَاضَيَا على أَنْ يُعْطِيَ الذي لم يَزْرَعْ نِصْفَ الْبَذْرِ وَيَكُونُ الْخَارِجُ بَيْنَهُمَا
فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا إن كان الزَّرْعُ نَبَتَ وَإِمَّا إن كان لم يَنْبُتْ فَإِنْ كان قد نَبَتَ جَازَ لِأَنَّ هذا بَيْعُ الْحَشِيشِ بِالْحِنْطَةِ وَأَنَّهُ جَائِزٌ وَإِنْ كان لم يَنْبُتْ لم يَجُزْ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي ما بَقِيَ تَحْتَ الْأَرْضِ مِمَّا تَلِفَ مع أَنَّ ذلك ليس بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ
فَإِنْ نَبَتَ الزَّرْعُ وَطَلَبَ الذي لم يَزْرَعْ الْقِسْمَةَ قَسَمَ وَأَمَرَ الذي زَرَعَ أَنْ يَقْلَعَ ما في نَصِيبِ الشَّرِيكِ لِأَنَّ نَصِيبَهُ مَشْغُولٌ بِمِلْكِهِ فَيُجْبَرُ على تَفْرِيغِهِ وَتَضْمِينِهِ نُقْصَانَ الزِّرَاعَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمُتْلِفُ من أَهْلِ وُجُوبِ الضَّمَانِ عليه حتى لو أَتْلَفَتْ مَالَ إنْسَانٍ بَهِيمَةٌ لَا ضَمَانَ على مَالِكِهَا لِأَنَّ فِعْلَ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ فَكَانَ هَدَرًا وَلَا إتْلَافَ من مَالِكِهَا فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عليه
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ في الْوُجُوبِ فَائِدَةٌ فَلَا ضَمَانَ على الْمُسْلِمِ بِإِتْلَافِ مَالِ الْحَرْبِيِّ وَلَا على الْحَرْبِيِّ بِإِتْلَافِ مَالِ الْمُسْلِمِ في دَارِ الْحَرْبِ وَكَذَا لَا ضَمَانَ على الْعَادِلِ إذَا أَتْلَفَ مَالَ الْبَاغِي وَلَا على الْبَاغِي إذَا أَتْلَفَ مَالَ الْعَادِلِ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ في الْوُجُوبِ لِعَدَمِ إمْكَانِ الْوُصُولِ إلَى الضَّمَانِ لِانْعِدَامِ الْوِلَايَةِ فَأَمَّا الْعِصْمَةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ ضَمَانِ الْمَالِ إلَّا أَنَّ الصَّبِيَّ مَأْخُوذٌ بِضَمَانِ الْإِتْلَافِ وَإِنْ لم تَثْبُتْ عِصْمَةُ الْمُتْلَفِ في حَقِّهِ
وَكَذَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِتَنَاوُلِ مَالِ الْغَيْرِ حَالَ الْمَخْمَصَةِ مع إبَاحَةِ التَّنَاوُلِ وَكَذَا كَسْرُ آلَاتِ الْمَلَاهِي مُبَاحٌ وَهِيَ مَضْمُونَةٌ بِالْإِتْلَافِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يَلْزَمُ إذَا أَتْلَفَ مَالَ إنْسَانٍ بِإِذْنِهِ إنه لَا يَجِبُ الضَّمَانُ لِأَنَّ عَدَمَ الْوُجُوبِ ليس لِعَدَمِ الْعِصْمَةِ بَلْ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ لِأَنَّهُ لو وَجَبَ الضَّمَانُ عليه لَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ عليه بِمَا ضَمِنَ فَلَا يُفِيدُ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَكَذَلِكَ الْعِلْمُ بِكَوْنِ الْمُتْلَفِ مَالَ الْغَيْرِ ليس بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ حتى لو أَتْلَفَ مَالًا على ظَنِّ أَنَّهُ مِلْكُهُ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِلْكُ غَيْرِهِ ضَمِنَ لِأَنَّ الْإِتْلَافَ أَمْرٌ حَقِيقِيٌّ لَا يَتَوَقَّفُ وُجُودُهُ على الْعِلْمِ كما في الْغَصْبِ على ما مَرَّ إلَّا أَنَّهُ إذَا عَلِمَ بِذَلِكَ يَضْمَنُ وَيَأْثَمُ وإذا لم يَعْلَمْ يَضْمَنُ وَلَا يَأْثَمُ لِأَنَّ الْخَطَأَ مَرْفُوعُ الْمُؤَاخَذَةِ شَرْعًا لِمَا ذَكَرْنَا في مَسَائِلِ الْغَصْبِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ماهية (((ماهية))) الضَّمَانِ الْوَاجِبِ بِإِتْلَافِ ما سِوَى بَنِي آدَمَ فَالْوَاجِبُ بِهِ ما هو الْوَاجِبُ بِالْغَصْبِ وهو ضَمَانُ الْمِثْلِ إنْ كان الْمُتْلَفُ مِثْلِيًّا وَضَمَانُ الْقِيمَةِ إنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له لِأَنَّ ضَمَانَ الْإِتْلَافِ ضَمَانُ اعْتِدَاءٍ وَالِاعْتِدَاءُ لم يُشْرَعْ إلَّا بِالْمِثْلِ فَعِنْدَ الْإِمْكَانِ يَجِبُ الْعَمَلُ بِالْمِثْلِ الْمُطْلَقِ وهو الْمِثْلُ صُورَةً وَمَعْنًى
وَعِنْدَ التَّعَذُّرِ يَجِبُ الْمِثْلُ مَعْنًى وهو الْقِيمَةُ كما في الْغَصْبِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

كِتَابُ الْحَجْرِ وَالْحَبْسِ في هذا الْكِتَابِ فَصْلَانِ فَصْلٌ في الْحَجْرِ وَفَصْلٌ في الْحَبْسِ
أَمَّا الْحَجْرُ فَالْكَلَامُ فيه يَقَعُ في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ أَحَدُهَا في بَيَانِ أَسْبَابِ الْحَجْرِ وَالثَّانِي في بَيَانِ حُكْمِ الْحَجْرِ
وَالثَّالِثُ في بَيَانِ ما يَرْفَعُ الْحَجْرَ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ الْأَسْبَابُ الْمُوجِبَةُ لِلْحَجْرِ ثَلَاثَةٌ ما لها رَابِعٌ الْجُنُونُ وَالصِّبَا وَالرِّقُّ وهو قَوْلُ زُفَرَ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ وَعَامَّةُ أَهْلِ الْعِلْمِ رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى وَالسَّفَهُ وَالتَّبْذِيرُ وَمَطْلُ الغنى وَرُكُوبُ الدَّيْنِ وَخَوْفُ ضَيَاعِ الْمَالِ بِالتِّجَارَةِ وَالتَّلْجِئَةُ وَالْإِقْرَارُ لِغَيْرِ الْغُرَمَاءِ من أَسْبَابِ الْحَجْرِ أَيْضًا فَيَجْرِي عِنْدَهُمْ في السَّفِيهِ الْمُفْسِدِ لِلْمَالِ بِالصَّرْفِ إلَى الْوُجُوهِ الْبَاطِلَةِ وفي الْمُبَذِّرِ الذي يُسْرِفُ في النَّفَقَةِ وَيَغْبِنُ في التِّجَارَاتِ وَفِيمَنْ يَمْتَنِعُ عن قَضَاءِ الدَّيْنِ مع الْقُدْرَةِ عليه إذَا ظَهَرَ مَطْلُهُ عِنْدَ الْقَاضِي وَطَلَبَ الْغُرَمَاءُ من الْقَاضِي أَنْ يَبِيعَ عليه مَالَهُ وَيَقْضِي بِهِ دَيْنَهُ وَفِيمَنْ رَكِبَتْهُ الدُّيُونُ وَلَهُ مَالٌ فَخَافَ الْغُرَمَاءُ ضَيَاعَ أَمْوَالِهِ بِالتِّجَارَةِ فَرَفَعُوا الْأَمْرَ إلَى الْقَاضِي وَطَلَبُوا منه أَنْ يَحْجُرَ عليه أو خَافُوا أَنْ يلجىء (((يلجئ))) أَمْوَالَهُ فَطَلَبُوا من الْقَاضِي أَنْ يَحْجُرَهُ عن الْإِقْرَارِ إلا لِلْغُرَمَاءِ فَيَجْرِي الْحَجْرُ في هذه الْمَوَاضِعِ عِنْدَهُمْ وَعِنْدَهُ لَا يَجْرِي
وما رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كان لايجري الْحَجْرَ إلَّا على ثَلَاثَةٍ الْمُفْتِي الْمَاجِنِ وَالطَّبِيبِ الْجَاهِلِ وَالْمُكَارِي الْمُفْلِسِ وَلَيْسَ الْمُرَادُ منه حَقِيقَةَ الْحَجْرِ وهو الْمَعْنَى الشَّرْعِيُّ الذي يَمْنَعُ نُفُوذَ التَّصَرُّفِ
أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُفْتِيَ لو أَفْتَى بَعْدَ الْحَجْرِ وَأَصَابَ في الْفَتْوَى جَازَ وَلَوْ أَفْتَى قبل الْحَجْرِ وَأَخْطَأَ لَا يَجُوزُ وَكَذَا الطَّبِيبُ لو بَاعَ الْأَدْوِيَةَ بَعْدَ الْحَجْرِ نَفَذَ بَيْعُهُ فَدَلَّ أَنَّهُ ما أَرَادَ بِهِ الْحَجْرَ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْمَنْعَ الْحِسِّيَّ أَيْ يُمْنَعُ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةُ عن عَمَلِهِمْ حِسًّا لِأَنَّ الْمَنْعَ عن ذلك من بَابِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عن الْمُنْكَرِ لِأَنَّ الْمُفْتِيَ الْمَاجِنَ يُفْسِدُ أَدْيَانَ الْمُسْلِمِينَ وَالطَّبِيبَ الْجَاهِلَ يُفْسِدُ أَبْدَانَ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُكَارِيَ الْمُفْلِسَ يُفْسِدُ أَمْوَالَ الناس في الْمَفَازَةِ فَكَانَ مَنْعُهُمْ من ذلك من بَابِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عن الْمُنْكَرِ لَا من بَابِ الْحَجْرِ فَلَا يَلْزَمُهُ التَّنَاقُضُ بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ
وَلَوْ حَجَرَ الْقَاضِي على السَّفِيهِ وَنَحْوِهِ لم يَنْفُذْ حَجْرُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ حتى لو تَصَرَّفَ بَعْدَ الْحَجْرِ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ عِنْدَهُ وَإِنْ كان الْحَجْرُ هَهُنَا مَحِلَّ الِاجْتِهَادِ لِأَنَّ الْحَجْرَ من الْقَاضِي قَضَاءٌ منه وَقَضَاءُ في الْمُجْتَهَدَاتِ إنَّمَا يَنْفُذُ وَيَصِيرُ كَالْمُتَّفَقِ عليه إذَا لم يَكُنْ نَفْسُ الْقَضَاءِ مَحِلَّ الِاجْتِهَادِ فَأَمَّا إذَا كان فَلَا بِخِلَافِ سَائِرِ الْمُجْتَهَدَاتِ التي لَا يَرْجِعُ الِاجْتِهَادُ فيها إلَى نَفْسِ الْقَضَاءِ وقد ذَكَرْنَا الْفَرْقَ في كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي
وَاخْتَلَفَ أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِيمَا بَيْنَهُمَا في السَّفِيهِ أَنَّهُ هل يَصِيرُ مَحْجُورًا عليه بِنَفْسِ السَّفَهِ أَمْ يَقِفُ الِانْحِجَارُ على حَجْرِ الْقَاضِي قال أبو يُوسُفَ لَا يَصِيرُ مَحْجُورًا إلَّا بِحَجْرِ الْقَاضِي
وقال مُحَمَّدٌ يَنْحَجِرُ بِنَفْسِ السَّفَهِ من غَيْرِ الْحَاجَةِ إلَى حَجْرِ الْقَاضِي
وَحُجَّةُ الْعَامَّةِ قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَإِنْ كان الذي عليه الْحَقُّ سَفِيهًا أو ضَعِيفًا أو لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هو فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ } جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ من

الْمَذْكُورِينَ وَلِيًّا
منهم السَّفِيهُ
وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا وَلِيَّ لِلسَّفِيهِ
لِأَنَّهُ إذَا كان له وَلِيٌّ دَلَّ أَنَّهُ مُوَلًّى عليه فَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ
وَقَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ } نهي عن إعْطَاءِ الْأَمْوَالِ السُّفَهَاءَ وَعِنْدَهُ يُدْفَعُ إلَيْهِ مَالُهُ إذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً وَإِنْ كان سَفِيهًا
وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم بَاعَ على مُعَاذٍ مَالَهُ بِسَبَبِ دُيُونٍ رَكِبَتْهُ
وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ لِأَنَّ الْبَيْعَ عليه لَا يُذْكَرُ إلَّا في غَيْرِ مَوْضِعِ الرِّضَا وَلِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ شُرِعَتْ لِمَصَالِحِ الْعِبَادِ وَالْمَصْلَحَةُ تَتَعَلَّقُ بِالْإِطْلَاقِ مَرَّةً وَبِالْحَجْرِ أُخْرَى وَالْمَصْلَحَةُ هَهُنَا في الْحَجْرِ وَلِهَذَا إذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ سَفِيهًا يُمْنَعُ عنه مَالُهُ إلَى خَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً بِلَا خِلَافٍ
وَلِهَذَا حُجِرَ على الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِكَوْنِ الْحَجْرِ مَصْلَحَةً في حَقِّهِمَا كَذَا هَهُنَا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه عُمُومَاتُ الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالْإِقْرَارِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ من نَحْوِ قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ } وَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ } إلَى قَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وَلَا يَبْخَسْ منه شيئا } أَجَازَ اللَّهُ تَعَالَى الْبَدَلَيْنِ حَيْثُ نَدَبَ إلَى الْكِتَابَةِ وَأَثْبَتَ الْحَقَّ حَيْثُ أَمَرَ من عليه الْحَقُّ بِالْإِمْلَاءِ وَنَهَى عن الْبَخْسِ عَامًّا من غَيْرِ تَخْصِيصٍ
وَقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عن تَرَاضٍ مِنْكُمْ } وَبَيْعُ مَالِ الْمَدْيُونِ عليه تِجَارَةً لَا عن تَرَاضٍ فَلَا

يَجُوزُ وَبَيْعُ السَّفِيهِ مَالَهُ تِجَارَةٌ عن تَرَاضٍ فَيَجُوزُ
وَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ على أَنْفُسِكُمْ } عَامًّا وَشَهَادَةُ الْإِنْسَانِ على نَفْسِهِ إقْرَارٌ
وَقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وإذا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ منها أو رُدُّوهَا }
وَقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَهَادَوْا تَحَابُّوا وَآيَةِ الظِّهَارِ وَآيَةِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ شَرَعَ اللَّهُ هذه التَّصَرُّفَاتِ عَامًّا وَالْحَجْرُ عن الْمَشْرُوعِ مُتَنَاقِضٌ
وَكَذَا نَصُّ الظِّهَارِ وَالْيَمِينِ يَقْتَضِيَانِ وُجُوبَ التَّحْرِيرِ على الْمُظَاهِرِ الحالف (((والحالف))) الْحَانِثِ وَجَوَازَهُ عن الْكَفَّارَةِ عَامًّا
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لايجب التَّحْرِيرُ على السَّفِيهِ وَلَوْ حَرَّرَ لَا يَجْزِيهِ عن الْكَفَّارَةِ لِأَنَّهُ تَجِبُ السِّعَايَةُ على الْعَبْدِ فَيَكُونُ إعْتَاقًا بِعِوَضٍ فَلَا يَقَعُ التَّحْرِيرُ تَكْفِيرًا فَكَانَتْ الْآيَةُ حُجَّةً عَلَيْهِمَا وَلِأَنَّ بَيْعَ السَّفِيهِ مَالَ نَفْسِهِ تَصَرُّفٌ صَدَرَ من الْأَهْلِ بِرُكْنِهِ في مَحِلٍّ هو خَالِصُ مِلْكِهِ فَيَنْفُذُ كَتَصَرُّفِ الرَّشِيدِ وَهَذَا لِأَنَّ وُجُودَ التَّصَرُّفِ حَقِيقَةً بِوُجُودِ رُكْنِهِ وَوُجُودَهُ شَرْعًا بِصُدُورِهِ من أَهْلِهِ وَحُلُولِهِ في مَحِلِّهِ وقد وُجِدَ
وَبَيْعُ مَالِ الْمَدْيُونِ عليه تَصَرُّفٌ في مِلْكِ الْغَيْرِ من غَيْرِ رِضَا الْمَالِكِ وإنه لَا

يَنْفُذُ كَالْفُضُولِيِّ
وَأَمَّا الْآيَةُ فَقَدْ قال بَعْضُ أَهْلِ التَّأْوِيلِ السَّفِيهُ هو الصَّغِيرُ
وَبِهِ نَقُولُ
وَقِيلَ إنَّ الْوَلِيَّ هَهُنَا هو من له الْحَقُّ يُمْلِي بِالْعَدْلِ عِنْدَ حَضْرَةَ من عليه الدَّيْنُ لِئَلَّا يَزِيدَ على ما عليه شيئا وَلَوْ زَادَ أَنْكَرَ عليه وَقَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ } فَقَدْ قال بَعْضُ أَهْلِ التَّأْوِيلِ الْمُرَادُ من السُّفَهَاءِ النِّسَاءُ وَالْأَوْلَادُ الصِّغَارُ يُؤَيِّدُهُ في سِيَاقِ الْآيَةِ قَوْلُهُ { وَارْزُقُوهُمْ فيها وَاكْسُوهُمْ } وَرِزْقُ النِّسَاءِ وَالْأَوْلَادِ الصِّغَارِ هو الذي يَجِبُ على الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَزْوَاجِ لَا رِزْقُ السَّفِيهِ وَكِسْوَتُهُ فإن ذلك يَكُونُ من مَالِ السَّفِيهِ
على أَنَّ في الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ أَنْ لَا تُؤْتُوهُمْ مَالَ أَنْفُسِكُمْ لِأَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَضَافَ الْأَمْوَالَ إلَى الْمُعْطِي لَا إلَى الْمُعْطَى له وَبِهِ نَقُولُ
وَأَمَّا بَيْعُ مَالِ مُعَاذٍ رضي اللَّهُ عنه فَقَدْ كان بِرِضَاهُ إذْ لَا يُظَنُّ بِهِ أَنَّهُ يَكْرَهُ بَيْعَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم ويتمنع (((ويمتنع))) بِنَفْسِهِ عنه قَضَاءِ الدَّيْنِ مع ما (((مع))) أَنَّهُ قد رُوِيَ أَنَّهُ طَلَبَ من رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنْ يَبِيعَ مَالَهُ ليغال (((لينال))) بَرَكَتَهُ فَيَصِيرُ دَيْنُهُ مَقْضِيًّا بِبَرَكَتِهِ كما رُوِيَ عن جَابِرٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ لَمَّا اُسْتُشْهِدَ أَبُوهُ يوم احد وَتَرَكَ دُيُونًا فَطَلَبَ جَابِرٌ من رسول (((النبي))) الله صلى الله عليه وسلم أَنْ يَبِيعَ أَمْوَالَهُ لِيَنَالَ بَرَكَتَهُ فَيَصِيرُ دَيْنُهُ بِذَلِكَ مَقْضِيًّا وكان كما ظَنَّ
وَالِاسْتِدْلَالُ بِمَنْعِ الْمَالِ إذَا بَلَغَ سَفِيهًا لَا يَسْتَقِيمُ لِأَنَّ الْمَنْعَ تَصَرُّفٌ في الْمَالِ وَالْحَجْرُ تَصَرُّفٌ على النَّفْسِ وَالنَّفْسُ أَعْظَمُ خَطَرًا من الْمَالِ فَثُبُوتُ أَدْنَى الْوِلَايَتَيْنِ لَا يَدُلُّ على ثُبُوتِ أَعْلَاهُمَا
ثُمَّ نَقُولُ إنَّمَا يُمْنَعُ عن مَالِهِ نَظَرًا له تَقْلِيلًا لِلسَّفَهِ لِمَا أَنَّ السَّفَهَ غَالِبًا يَجْرِي في الْهِبَاتِ وَالتَّبَرُّعَاتِ فإذا مُنِعَ منه مَالُهُ يَنْسَدُّ بَابُ السَّفَهِ فَيَقِلُّ السَّفَهُ
فَأَمَّا الْمُعَاوَضَاتُ فَلَا يَغْلِبُ فيها السَّفَهُ فَلَا حَاجَةَ إلَى الْحَجْرِ لِتَقْلِيلِ السَّفَهِ وإنه يَقِلُّ بِدُونِهِ فَيَتَمَحَّضُ الْحَجْرُ ضَرَرًا بِإِبْطَالِ أَهْلِيَّتِهِ
وَهَذَا لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا من أَهْلِ التَّصَرُّفِ فلم يَتَضَمَّنْ الْحَجْرُ إبْطَالَ الْأَهْلِيَّةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْحَجْرِ فَحُكْمُهُ يَظْهَرُ في مَالِ الْمَحْجُورِ وفي التَّصَرُّفِ في مَالِهِ
أَمَّا حُكْمُ الْمَالِ فَأَمَّا الْمَجْنُونُ فإنه يُمْنَعُ عنه مَالُهُ ما دام مَجْنُونًا وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ وَضْعَ الْمَالِ في يَدِ من لَا عَقْلَ له إتْلَافُ الْمَالِ
وَأَمَّا الصَّبِيُّ الْعَاقِلُ فَيُمْنَعُ عنه مَالُهُ إلَى أَنْ يُؤْنَسَ منه رُشْدُهُ وَلَا بَأْسَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ شيئا من أَمْوَالِهِ وَيَأْذَنَ له بِالتِّجَارَةِ لِلِاخْتِبَارِ عِنْدَنَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَابْتَلُوا الْيَتَامَى } أَذِنَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لِلْأَوْلِيَاءِ في ابْتِلَاءِ الْيَتَامَى وَالِابْتِلَاءُ الِاخْتِبَارُ وَذَلِكَ بِالتِّجَارَةِ فَكَانَ الْإِذْنُ بِالِابْتِلَاءِ إذْنًا بِالتِّجَارَةِ وإذا اخْتَبَرَهُ فَإِنْ آنَسَ منه رُشْدًا دَفَعَ الْبَاقِيَ إلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنْ آنَسْتُمْ منهم رُشْدًا فَادْفَعُوا إلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ } وَالرُّشْدُ هو الِاسْتِقَامَةُ وَالِاهْتِدَاءُ في حِفْظِ الْمَالِ وَإِصْلَاحِهِ وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُمْنَعُ منه مَالُهُ وَلَا يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَدْفَعَ شيئا من أَمْوَالِهِ إلَيْهِ وَأَنْ يَأْذَنَ له بِالتِّجَارَةِ قبل الْبُلُوغِ
وَالْمَسْأَلَةُ نَذْكُرُهَا في كِتَابِ الْمَأْذُونِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَإِنْ لم يَأْنَسْ منه رُشْدًا مَنَعَهُ منه إلَى أَنْ يَبْلُغَ فَإِنْ بَلَغَ رَشِيدًا دَفَعَ إلَيْهِ وَإِنْ بَلَغَ سَفِيهًا مُفْسِدًا مُبَذِّرًا فإنه يَمْنَعُ عنه مَالَهُ إلَى خَمْسٍ وَعِشْرِينَ سنة بِالْإِجْمَاعِ فإذا بَلَغَ هذا الْمَبْلَغَ ولم يُؤْنِسْ رُشْدَهُ دَفَعَ إلَيْهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا لَا يَدْفَعُ إلَيْهِ ما دَامَ سَفِيهًا

وَأَمَّا الرَّقِيقُ فَلَا مَالَ له يُمْنَعُ فَلَا يَظْهَرُ أَثَرُ الْحَجْرِ في حَقِّهِ في الْمَالِ وَإِنَّمَا يَظْهَرُ في التَّصَرُّفَاتِ
هذا حُكْمُ الْحَجْرِ في مَالِ الْمَحْجُورِ
وَأَمَّا حُكْمُهُ في تَصَرُّفِهِ فَالتَّصَرُّفُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ من

الْأَقْوَالِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ من الْأَفْعَالِ
أَمَّا التَّصَرُّفَاتُ الْقَوْلِيَّةُ فَعَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ نَافِعٍ مَحْضٍ وَضَارٍّ مَحْضٍ وَدَائِرٍ بين الضَّرَرِ وَالنَّفْعِ
أَمَّا الْمَجْنُونُ فَلَا تَصِحُّ منه التَّصَرُّفَاتُ الْقَوْلِيَّةُ كُلُّهَا فَلَا يَجُوزُ طَلَاقُهُ وَعِتَاقُهُ وَكِتَابَتُهُ وَإِقْرَارُهُ وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ حتى لَا تَلْحَقَهُ الْإِجَازَةُ وَلَا يَصِحُّ منه قَبُولُ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَكَذَا الصَّبِيُّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ شَرْطُ جَوَازِ التَّصَرُّفِ وَانْعِقَادِهِ وَلَا أَهْلِيَّةَ بِدُونِ الْعَقْلِ
وَأَمَّا الصَّبِيُّ الْعَاقِلُ فَتَصِحُّ منه التَّصَرُّفَاتُ النَّافِعَةُ بِلَا خِلَافٍ وَلَا تَصِحُّ منه التَّصَرُّفَاتُ الضَّارَّةُ الْمَحْضَةُ بِالْإِجْمَاعِ وَأَمَّا الدَّائِرَةُ بين الضَّرَرِ وَالنَّفْعِ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْإِجَارَةِ وَنَحْوِهَا فَيَنْعَقِدُ عِنْدَنَا مَوْقُوفًا على إجَازَةِ وَلِيِّهِ فَإِنْ أَجَازَ جَازَ وَإِنْ رَدَّ بَطَلَ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهلا تَنْعَقِدُ أَصْلًا وَهِيَ مَسْأَلَةُ تَصَرُّفَاتِ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ وقد مَرَّتْ في مَوْضِعِهَا
وَأَمَّا الرَّقِيقُ فَيَصِحُّ منه قَبُولُ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَكَذَا يَصِحُّ طَلَاقُهُ وَإِقْرَارُهُ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ
وَأَمَّا إقْرَارُهُ بِالْمَالِ فَلَا يَصِحُّ في حَقِّ مَوْلَاهُ وَيَصِحُّ في حَقِّ نَفْسِهِ حتى يُؤَاخَذَ بِهِ بَعْدَ الْعَتَاقِ
وَأَمَّا الْبَيْعُ وَغَيْرُهُ من التَّصَرُّفَاتِ الدَّائِرَةِ بين الضَّرَرِ وَالنَّفْعِ فَلَا يَنْفُذُ بَلْ يَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا على إجَازَةِ الْمَوْلَى وَدَلَائِلُ هذه الْمَسَائِلِ ذُكِرَتْ في مَوَاضِعِهَا
وَأَمَّا التَّصَرُّفَاتُ الْفِعْلِيَّةُ وَهِيَ الْغُصُوبُ وَالْإِتْلَافَاتُ فَهَذِهِ الْعَوَارِضُ وَهِيَ الصِّبَا وَالْجُنُونُ وَالرِّقُّ لَا تُوجِبُ الْحَجْرَ فيها
حتى لو أَتْلَفَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ شيئا فَضَمَانُهُ في مَالِهِمَا
وَكَذَا الْعَبْدُ إذَا أَتْلَفَ مَالَ إنْسَانٍ فإنه يُؤَاخَذُ بِهِ لَكِنْ بَعْدَ الْعَتَاقِ
أما السَّفِيهُ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ ليس بِمَحْجُورٍ عن التَّصَرُّفَاتِ أَصْلًا وَحَالُهُ وَحَالُ الرَّشِيدِ في التَّصَرُّفَاتِ سَوَاءٌ لَا يَخْتَلِفَانِ إلَّا في وَجْهٍ وَاحِدٍ وهو أَنَّ الصَّبِيَّ إذَا بَلَغَ سَفِيهًا يُمْنَعُ عنه مَالُهُ إلَى خَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً وإذا بَلَغَ رَشِيدًا يُدْفَعُ إلَيْهِ مَالُهُ
فَأَمَّا في التَّصَرُّفَاتِ فَلَا يَخْتَلِفَانِ حتى لو تَصَرَّفَ بعدما بَلَغَ سَفِيهًا وَمُنِعَ عنه مَالُهُ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ كما يَنْفُذُ بَعْدَ أَنْ دُفِعَ الْمَالُ إلَيْهِ عِنْدَهُ
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَحُكْمُهُ وَحُكْمُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ وَالْبَالِغِ الْمَعْتُوهِ سَوَاءٌ فَلَا يَنْفُذُ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ وَإِجَارَتُهُ وَهِبَتُهُ وَصَدَقَتُهُ وما أَشْبَهَ ذلك من التَّصَرُّفَاتِ التي تَحْتَمِلُ النَّقْضَ وَالْفَسْخَ
وَأَمَّا فِيمَا سِوَى ذلك فَحُكْمُهُ وَحُكْمُ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ الرَّشِيدِ سَوَاءٌ فَيَجُوزُ طَلَاقُهُ وَنِكَاحُهُ وَإِعْتَاقُهُ وَتَدْبِيرُهُ وَاسْتِيلَادُهُ وَتَجِبُ عليه نَفَقَةُ زَوْجَاتِهِ وَأَقَارِبِهِ وَالزَّكَاةُ في مَالِهِ وَحِجَّةُ الْإِسْلَامِ وَيُنْفِقُ على زَوْجَاتِهِ وَأَقَارِبِهِ وَيُؤَدِّي الزَّكَاةَ من مَالِهِ

وَلَا يُمْنَعُ من حِجَّةِ الْإِسْلَامِ وَلَا من الْعُمْرَةِ وَلَا من الْقَرَابِينِ وَسُوقِ الْبَدَنَةِ لَكِنْ يُسَلِّمُ الْقَاضِي النَّفَقَةَ وَالْكِرَاءَ وَالْهَدْيَ على يَدِ أَمِينٍ لِيُنْفِقَ عليه في الطَّرِيقِ وَلَا وِلَايَةَ عليه لِأَبِيهِ وَجَدِّهِ ووصبهما (((ووصيهما))) وَيَجُوزُ إقْرَارُهُ على نَفْسِهِ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَتَجُوزُ وَصَايَاهُ بِالْقُرْبِ في مَرَضِ مَوْتِهِ من ثُلُثِ مَالِهِ وَغَيْرُ ذلك من التَّصَرُّفَاتِ التي تَصِحُّ من الْعَاقِلِ الْبَالِغِ الرَّشِيدِ إلَّا أَنَّهُ إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ من مَهْرِ مِثْلِهَا فَالزِّيَادَةُ بَاطِلَةٌ وإذا أَعْتَقَ عَبْدَهُ يَسْعَى في قِيمَتِهِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ رَجَعَ عن ذلك وقال يَعْتِقُ من غَيْرِ سِعَايَةٍ فَأَمَّا فِيمَا سِوَى ذلك فَلَا يَخْتَلِفَانِ

وَلَوْ بَاعَ السَّفِيهُ أو اشْتَرَى نَظَرَ الْقَاضِي في ذلك فما كان خَيْرًا أَجَازَ وما كان فيه مَضَرَّةٌ رَدَّهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَرْفَعُ الْحَجْرَ أَمَّا الصَّبِيُّ فَالَّذِي يَرْفَعُ الْحَجْرَ عنه شَيْئَانِ أحدهماإذن الْوَلِيِّ إيَّاهُ بِالتِّجَارَةِ

وَالثَّانِي بُلُوغُهُ إلَّا أَنَّ الْإِذْنَ بِالتِّجَارَةِ يُزِيلُ الْحَجْرَ عن التَّصَرُّفَاتِ الدَّائِرَةِ بين الضَّرَرِ وَالنَّفْعِ

وَأَمَّا التَّصَرُّفَاتُ الضَّارَّةُ الْمَحْضَةُ فَلَا يَزُولُ الْحَجْرُ عنها إلَّا بِالْبُلُوغِ وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَزُولُ الْحَجْرُ عن الصَّبِيِّ إلَّا بِالْبُلُوغِ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ

ثُمَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه يَزُولُ الْحَجْرُ عن التَّصَرُّفَاتِ بِالْبُلُوغِ سَوَاءٌ بَلَغَ رَشِيدًا أو سَفِيهًا وَكَذَا عِنْدَ أبي يُوسُفَ إلَّا أَنْ يَحْجُرَ عليه الْقَاضِي بَعْدَ الْبُلُوغِ فَيَنْحَجِرُ بِحَجْرِهِ

وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَنْحَجِرُ الصَّبِيُّ عن التَّصَرُّفِ بِحَجْرِ الْقَاضِي لَكِنْ يَمْنَعُ مَالَهُ إلَى خَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ لَا يَزُولُ إلَّا بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا

ثُمَّ الْبُلُوغُ في الْغُلَامِ يُعْرَفُ بِالِاحْتِلَامِ وَالْإِحْبَالِ وَالْإِنْزَالِ وفي الْجَارِيَةِ يُعْرَفُ بِالْحَيْضِ وَالِاحْتِلَامِ وَالْحَبَلِ فَإِنْ لم يُوجَدْ شَيْءٌ من ذلك فَيُعْتَبَرُ بِالسِّنِّ

أَمَّا مَعْرِفَةُ الْبُلُوغِ بِالِاحْتِلَامِ فَلِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال رُفِعَ الْقَلَمُ عن ثَلَاثَةٍ منها الصَّبِيُّ حتى يَحْتَلِمَ

جَعَلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الِاحْتِلَامَ غَايَةً لِارْتِفَاعِ الْخِطَابِ وَالْخِطَابُ بِالْبُلُوغِ دَلَّ أَنَّ الْبُلُوغَ يَثْبُتُ بِالِاحْتِلَامِ وَلِأَنَّ الْبُلُوغَ وَالْإِدْرَاكَ عِبَارَةٌ عن بُلُوغِ الْمَرْءِ كَمَالَ الْحَالِ وَذَلِكَ بِكَمَالِ الْقُدْرَةِ وَالْقُوَّةِ وَالْقُدْرَةُ

من حَيْثُ سَلَامَةِ الْأَسْبَابِ وَالْآلَاتِ هِيَ إمْكَانُ اسْتِعْمَالِ سَائِرِ الْجَوَارِحِ السَّلِيمَةِ

وَذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ على الْكَمَالِ إلَّا عِنْدَ الِاحْتِلَامِ

فَإِنْ قِيلَ الْإِدْرَاكُ إمْكَانُ استعامل (((استعمال))) سَائِرِ الْجَوَارِحِ إنْ كان ثَابِتًا فَأَمَّا إمْكَانُ اسْتِعْمَالِ الْآلَةِ الْمَخْصُوصَةِ وهو قَضَاءُ الشَّهْوَةِ على سَبِيلِ الْكَمَالِ فَلَيْسَ بِثَابِتٍ لِأَنَّ كَمَالَهَا بِالْإِنْزَالِ وَالِاحْتِلَامِ سَبَبٌ لِنُزُولِ الْمَاءِ على الْأَغْلَبِ فَجُعِلَ عَلَمًا على الْبُلُوغِ وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بإبتغاء الْوَلَدِ وَأَخْبَرَ أَنَّهُ

مَكْتُوبٌ له بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَابْتَغُوا ما كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ } وَالتَّكْلِيفُ بِابْتِغَاءِ الْوَلَدِ إنَّمَا يَتَوَجَّهُ في وَقْتٍ لو ابْتَغَى الْوَلَدَ لَوُجِدَ وَلَا يَكُونُ ذلك إلَّا في خُرُوجِ الْمَاءِ لِلشَّهْوَةِ وَذَلِكَ في حَقِّ الصَّبِيِّ بِالِاحْتِلَامِ في الْمُتَعَارَفِ
وَلِأَنَّ عِنْدَ الِاحْتِلَامِ يَخْرُجُ عن حَيِّزِ الْأَوْلَادِ وَيَدْخُلُ في حَيِّزِ الْآبَاءِ حتى يُسَمَّى أَبَا فُلَانٍ لَا وَلَدَ فُلَانٍ في الْمُتَعَارَفِ
لِأَنَّ عِنْدَهُ يَصِيرُ من أَهْلِ الْعَلُوقِ فَكَانَ الِاحْتِلَامُ عَلَمًا على الْبُلُوغِ
وإذا ثَبَتَ أَنَّ الْبُلُوغَ يَثْبُتُ بِالِاحْتِلَامِ يَثْبُتُ بِالْإِنْزَالِ لِأَنَّ ما ذَكَرْنَا من الْمَعَانِي يَتَعَلَّقُ بِالنُّزُولِ لَا بِنَفْسِ الِاحْتِلَامِ إلَّا أَنَّ الِاحْتِلَامَ سَبَبٌ لِنُزُولِ الْمَاءِ عَادَةً فَعُلِّقَ الْحُكْمُ بِهِ وَكَذَا الْإِحْبَالُ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الْإِنْزَالِ عَادَةً
فَإِنْ لم يُوجَدْ شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فَيُعْتَبَرُ الْبُلُوغُ بِالسِّنِّ
وقد اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ في أَدْنَى السِّنِّ التي يَتَعَلَّقُ بها الْبُلُوغُ
قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً في الْغُلَامِ وَسَبْعَ عَشْرَةَ في الْجَارِيَةِ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً في الْجَارِيَةِ وَالْغُلَامِ جميعا
وَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ الْمُؤَثِّرَ في الْحَقِيقَةِ هو الْعَقْلُ وهو الْأَصْلُ في الْبَابِ إذْ بِهِ قِوَامُ الْأَحْكَامِ وَإِنَّمَا الِاحْتِلَامُ جُعِلَ حَدًّا في الشَّرْعِ لِكَوْنِهِ دَلِيلًا على كَمَالِ الْعَقْلِ
وَالِاحْتِلَامُ لَا يَتَأَخَّرُ عن خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً عَادَةً فإذا لم يَحْتَلِمْ إلَى هذه الْمُدَّةِ عُلِمَ أَنَّ ذلك لِآفَةٍ في خِلْقَتِهِ وَالْآفَةُ في الْخِلْقَةِ لَا تُوجِبُ آفَةً في الْعَقْلِ فَكَانَ الْعَقْلُ قَائِمًا بِلَا آفَةٍ فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ في لُزُومِ الْأَحْكَامِ
وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ عُرِضَ على رسول اللَّهِ غُلَامٌ وهو ابن أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً فَرَدَّهُ وَعُرِضَ وهو ابن خَمْسَ عَشْرَةَ فَأَجَازَهُ فَقَدْ جَعَلَ خَمْسَ عَشْرَةَ حَدًّا لِلْبُلُوغِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الشَّرْعَ لَمَّا عَلَّقَ الْحُكْمَ وَالْخِطَابَ بِالِاحْتِلَامِ بِالدَّلَائِلِ التي ذَكَرْنَاهَا فَيَجِبُ بِنَاءُ الْحُكْمِ عليه وَلَا يَرْتَفِعُ الْحُكْمُ عنه ما لم يَتَيَقَّنْ بِعَدَمِهِ وَيَقَعُ الْيَأْسُ عن وُجُودِهِ وَإِنَّمَا يَقَعُ الْيَأْسُ بِهَذِهِ الْمُدَّةِ لِأَنَّ الِاحْتِلَامَ إلَى هذه الْمُدَّةِ مُتَصَوَّرٌ في الْجُمْلَةِ فَلَا يَجُوزُ إزَالَةُ الْحُكْمِ الثَّابِتِ بِالِاحْتِلَامِ عنه مع الِاحْتِمَالِ على هذا أُصُولُ الشَّرْعِ فإن حُكْمَ الْحَيْضِ لَمَّا كان لَازِمًا في حَقِّ الْكَبِيرَةِ لَا يَزُولُ بِامْتِدَادِ الطُّهْرِ ما لم يُوجَدْ الْيَأْسُ وَيَجِبُ الِانْتِظَارُ لِمُدَّةِ الْيَأْسِ لِاحْتِمَالِ عَوْدِ الْحَيْضِ
وَكَذَا التَّفْرِيقُ في حَقِّ الْعِنِّينِ لَا يَثْبُتُ ما دَامَ طَمَعُ الْوُصُولِ ثَابِتًا بَلْ يُؤَجَّلُ سَنَةً لِاحْتِمَالِ الْوُصُولِ في فُصُولِ السَّنَةِ فإذا مَضَتْ السَّنَةُ وَوَقَعَ الْيَأْسُ الْآنَ يُحْكَمُ بِالتَّفْرِيقِ
وَكَذَا أَمَرَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِإِظْهَارِ الْحُجَجِ في حَقِّ الْكُفَّارِ وَالدُّعَاءِ إلَى الْإِسْلَامِ إلَى أَنْ يَقَعَ الْيَأْسُ عن قَبُولِهِمْ فما لم يَقَعْ الْيَأْسُ لَا يُبَاحُ لنا الْقِتَالُ فَكَذَلِكَ هَهُنَا ما دام الِاحْتِلَامُ يُرْجَى يَجِبُ الِانْتِظَارُ وَلَا يَأْسَ بَعْدَ مُدَّةِ خَمْسَ عَشْرَةَ إلَى هذه الْمُدَّةِ بَلْ هو مَرْجُوٌّ فَلَا يُقْطَعُ الْحُكْمُ الثَّابِتُ بِالِاحْتِلَامِ عنه مع رَجَاءِ وُجُودِهِ بِخِلَافِ ما بَعْدَ هذه الْمُدَّةِ فإنه لَا يُحْتَمَلُ وُجُودُهُ بَعْدَهَا فَلَا يَجُوزُ اعْتِبَارُهُ في زَمَانِ الْيَأْسِ عن وُجُودِهِ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلَا حُجَّةَ فيه لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَجَازَ ذلك لَمَّا عَلِمَ أَنَّهُ احْتَلَمَ في ذلك الْوَقْتِ
وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنَّهُ أَجَازَ ذلك لَمَّا رَآهُ صَالِحًا لِلْحَرْبِ مُحْتَمِلًا له على سَبِيلِ الِاعْتِيَادِ لِلْجِهَادِ كما أَمَرَنَا بِاعْتِبَارِ سَائِرِ الْقُرَبِ في أَوَّلِ أَوْقَاتِ الْإِمْكَانِ
وَالِاحْتِمَالِ لها فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ وإذا أَشْكَلَ أَمْرُ الْغُلَامِ الْمُرَاهِقِ في

الْبُلُوغِ فقال قد بَلَغْتُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَيُحْكَمُ بِبُلُوغِهِ
وَكَذَلِكَ الْجَارِيَةُ الْمُرَاهِقَةُ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْبُلُوغِ هو الِاحْتِلَامُ على ما بَيَّنَّا وَأَنَّهُ لَا يُعْرَفُ إلَّا من جِهَتِهِ فَأَلْزَمَتْ الضَّرُورَةُ قَبُولَ قَوْلِهِ كما في الأخبار عن الطُّهْرِ وَالْحَيْضِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْمَجْنُونُ فَلَا يَزُولُ الْحَجْرُ عنه إلَّا بِالْإِفَاقَةِ فإذا أَفَاقَ رَشِيدًا أو سَفِيهًا فَحُكْمُهُ في ذلك حُكْمُ الصَّبِيِّ وقد ذَكَرْنَاهُ
وَأَمَّا الرَّقِيقُ فَالْحَجْرُ يَزُولُ عنه بِالْإِعْتَاقِ مَرَّةً وَبِالْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ أُخْرَى إلَّا أَنَّ الْإِعْتَاقَ يُزِيلُ الْحَجْرَ عنه على الْإِطْلَاقِ وَالْإِذْنُ بِالتِّجَارَةِ لَا يُزِيلُ إلَّا في التَّصَرُّفَاتِ الدَّائِرَةِ بين الضَّرَرِ وَالنَّفْعِ
وَأَمَّا السَّفِيهُ فَلَا حَجْرَ عليه عن التَّصَرُّفِ أَصْلًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فَلَا يُتَصَوَّرُ الزَّوَالُ
وَأَمَّا على مَذْهَبِهِمْ فَزَوَالُهُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ بِضِدِّهِ وهو الْإِطْلَاقُ من الْقَاضِي فَكَمَا لَا يَنْحَجِرُ إلَّا بِحَجْرِهِ

(7/172)

لَا يَنْطَلِقُ إلَّا بِإِطْلَاقِهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ زَوَالُ الْحَجْرِ على السَّفِيهِ بِظُهُورِ رُشْدِهِ لِأَنَّ الْحِجَارَةَ كان بِسَفَهِهِ فَانْطِلَاقُهُ يَكُونُ بِضِدِّهِ وهو رُشْدُهُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْفَصْلُ الثَّانِي وهو فَصْلُ الْحَبْسِ فَالْحَبْسُ على نَوْعَيْنِ حَبْسُ الْمَدْيُونِ بِمَا عليه من الدَّيْنِ وَحَبْسُ الْعَيْنِ بِالدَّيْنِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ سَبَبِ وُجُوبِ الْحَبْسِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الْوُجُوبِ وفي بَيَانِ ما يُمْنَعُ عنه الْمَحْبُوسُ وما لَا يُمْنَعُ
أَمَّا سَبَبُ وُجُوبِ الْحَبْسِ فَهُوَ الدَّيْنُ قَلَّ أو كَثُرَ وَأَمَّا شَرَائِطُ الْوُجُوبِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الدَّيْنِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَدْيُونِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الدَّيْنِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ حَالًّا فَلَا يُحْبَسُ في الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ لِأَنَّ الْحَبْسَ لِدَفْعِ الظُّلْمِ الْمُتَحَقِّقِ بِتَأْخِيرِ قَضَاءِ الدَّيْنِ ولم يُوجَدْ من الديون (((المديون))) لِأَنَّ صَاحِبَ الدَّيْنِ هو الذي أَخَّرَ حَقَّ نَفْسِهِ بِالتَّأْجِيلِ وَكَذَا لَا يُمْنَعُ من السَّفَرِ قبل حُلُولِ الْأَجَلِ سَوَاءٌ بَعُدَ مَحِلُّهُ أو قَرُبَ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مُطَالَبَتَهُ قبل حَلِّ الْأَجَلِ وَلَا يُمْكِنُ مَنْعُهُ وَلَكِنْ له أَنْ يَخْرُجَ معه حتى إذَا حَلَّ الْأَجَلُ مَنَعَهُ من الْمُضِيِّ في سَفَرِهِ إلَى أَنْ يُوَفِّيَهُ دَيْنَهُ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَدْيُونِ فَمِنْهَا الْقُدْرَةُ على قَضَاءِ الدَّيْنِ حتى لو كان مُعْسِرًا لَا يُحْبَسُ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَإِنْ كان ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلَى مَيْسَرَةٍ } وَلِأَنَّ الْحَبْسَ لِدَفْعِ الظُّلْمِ بِإِيصَالِ حَقِّهِ إلَيْهِ ولا ظُلْمَ فيه لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ وَلِأَنَّهُ إذَا لم يَقْدِرْ على قَضَاءِ الدَّيْنِ لَا يَكُونُ الْحَبْسُ مُفِيدًا لِأَنَّ الْحَبْسَ شُرِعَ لِلتَّوَسُّلِ إلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ لَا لِعَيْنِهِ
وَمِنْهَا الْمَطْلُ وهو تَأْخِيرُ قَضَاءِ الدَّيْنِ لِقَوْلِهِ مَطْلُ الغنى ظُلْمٌ فَيُحْبَسُ دَفْعًا لِلظُّلْمِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِوَاسِطَةِ الْحَبْسِ

وَقَوْلِهِ لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ وَالْحَبْسُ عُقُوبَةٌ وما لم يَظْهَرْ منه الْمَطْلُ لَا يُحْبَسُ لِانْعِدَامِ الْمَطْلِ واللى منه
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ من عليه الدَّيْنُ مِمَّنْ سِوَى الْوَالِدَيْنِ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ فَلَا يُحْبَسُ الْوَالِدُونَ وَإِنْ عَلَوْا بِدَيْنِ الْمَوْلُودِينَ وَإِنْ سَفَلُوا لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى
{ وَصَاحِبْهُمَا في الدُّنْيَا مَعْرُوفًا } وقَوْله تَعَالَى { وَبِالْوَالِدَيْنِ إحْسَانًا } وَلَيْسَ من الْمُصَاحَبَةِ بِالْمَعْرُوفِ وَالْإِحْسَانِ حَبْسُهُمَا بِالدَّيْنِ إلَّا أَنَّهُ إذَا امْتَنَعَ الْوَالِدُ من الْإِنْفَاقِ على وَلَدِهِ الذي عليه نَفَقَتُهُ فإن الْقَاضِيَ يَحْبِسُهُ لَكِنْ تَعْزِيرًا لَا حَبْسًا بِالدَّيْنِ وَأَمَّا الْوَلَدُ فَيُحْبَسُ بِدَيْنِ الْوَالِدِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الْحَبْسِ حَقُّ الْوَالِدَيْنِ
وَكَذَا سَائِرُ الْأَقَارِبِ يُحْبَسُ الْمَدْيُونُ بِدَيْنِ قَرِيبِهِ كَائِنًا من كان وَيَسْتَوِي في الْحَبْسِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ لِأَنَّ الْمُوجِبَ لِلْحَبْسِ لَا يَخْتَلِفُ بِالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ
وَيُحْبَسُ وَلِيُّ الصَّغِيرِ إذَا كان مِمَّنْ يَجُوزُ له قَضَاءُ دَيْنِهِ لِأَنَّهُ إذَا كان الظُّلْمُ بِسَبِيلٍ من قَضَاءِ دَيْنِهِ صَارَ بِالتَّأْخِيرِ ظَالِمًا فَيُحْبَسُ لِيَقْضِيَ الدَّيْنَ فَيَنْدَفِعُ الظُّلْمُ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ فَطَلَبُ الْحَبْسِ من الْقَاضِي فما لم يَطْلُبْ لَا يُحْبَسْ لِأَنَّ الدَّيْنَ حَقُّهُ وَالْحَبْسُ وَسِيلَةٌ إلَى حَقِّهِ وَوَسِيلَةُ حَقِّ الْإِنْسَانِ حَقُّهُ وَحَقُّ الْمَرْءِ إنَّمَا يُطْلَبُ بِطَلَبِهِ فَلَا بُدَّ من الطَّلَبِ لِلْحَبْسِ
وإذا عُرِفَ سَبَبُ وُجُوبِ الدَّيْنِ وَشَرَائِطُهُ فَإِنْ ثَبَتَ عِنْدَ الْقَاضِي السَّبَبُ مع شَرَائِطِهِ بِالْحُجَّةِ حَبَسَهُ لِتَحَقُّقِ الظُّلْمِ عِنْدَهُ بِتَأْخِيرِ حَقِّهِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَالْقَاضِي نُصِّبَ لِدَفْعِ الظُّلْمِ فَيَنْدَفِعُ الظُّلْمُ عنه
وَإِنْ اشْتَبَهَ على الْقَاضِي حَالُهُ في يَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ ولم يَقُمْ عِنْدَهُ حُجَّةٌ على أَحَدِهِمَا وَطَلَبَ الْغُرَمَاءُ حَبْسَهُ فإنه يحبسه (((يحبس))) لِيَتَعَرَّفَ عن حَالِهِ أَنَّهُ فَقِيرٌ أَمْ غَنِيٌّ فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ غَنِيٌّ حَبَسَهُ إلَى أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنَ لِأَنَّهُ ظَهَرَ ظُلْمُهُ بِالتَّأْخِيرِ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ فَقِيرٌ خَلَّى سَبِيلَهُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا يَسْتَوْجِبُ الْحَبْسَ فَيُطْلِقُهُ وَلَكِنْ لَا يَمْنَعُ الْغُرَمَاءَ عن مُلَازَمَتِهِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ إلَّا إذَا قَضَى الْقَاضِي بِالْإِنْظَارِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَرْزُقَهُ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى مَالًا إذْ الْمَالُ غَادٍ وَرَائِحٌ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُلَازِمُونَهُ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى
{ وَإِنْ كان ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلَى مَيْسَرَةٍ } ذَكَرَ النَّظِرَةَ بِحَرْفِ الْفَاءِ فَثَبَتَ من غَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي
وَلَنَا أَنَّ النَّظِرَةَ هِيَ التَّأْخِيرُ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يُؤَخِّرَ وهو أَنْ يُؤَخِّرَهُ الْقَاضِي أو صَاحِبُ الْحَقِّ وَلَا يَمْنَعُونَهُ من التَّصَرُّفِ وَلَا من السَّفَرِ فإذا اكْتَسَبَ يَأْخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ فَيَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ وإذا مَضَى على حَبْسِهِ شَهْرٌ أو شَهْرَانِ أو ثَلَاثَةٌ ولم يَنْكَشِفْ حَالُهُ في الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ خَلَّى سَبِيلَهُ لِأَنَّ هذا الْحَبْسَ كان لِاسْتِبْرَاءِ حَالِهِ وَإِبْلَاءِ عُذْرِهِ وَالثَّلَاثَةُ الْأَشْهُرِ مُدَّةٌ صَالِحَةٌ لِاشْتِهَارِ الْحَالِ وَإِبْلَاءِ الْعُذْرِ فَيُطْلِقُهُ لَكِنْ الْغُرَمَاءُ لَا يُمْنَعُونَ من مُلَازَمَتِهِ فَيُلَازِمُونَهُ لَكِنْ لَا يَمْنَعُونَهُ من التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ على ما ذَكَرْنَا
وَلَوْ اخْتَلَفَا في الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ فقال الطَّالِبُ هو مُوسِرٌ
وقال الْمَطْلُوبُ أنا مُعْسِرٌ فَإِنْ قَامَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الطَّالِبِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ

زِيَادَةً وَهِيَ الْيَسَارُ
وَإِنْ لم يَقُمْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْكَفَالَةِ وَالنِّكَاحِ وَالزِّيَادَاتِ أَنَّهُ يُنْظَرُ إنْ ثَبَتَ الدَّيْنُ بِمُعَاقَدَةٍ كَالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ وَالْكَفَالَةِ وَالصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ وَالصُّلْحِ عن الْمَالِ وَالْخُلْعِ أو ثَبَتَ تَبَعًا فِيمَا هو مُعَاقَدَةٌ كَالنَّفَقَةِ في بَابِ النِّكَاحِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الطَّالِبِ وَكَذَا في الْغَصْبِ وَالزَّكَاةِ
وَإِنْ ثَبَتَ الدَّيْنُ بِغَيْرِ ذلك كَإِحْرَاقِ الثَّوْبِ أو الْقَتْلِ الذي لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ وَيُوجِبُ الْمَالَ في مَالِ الْجَانِي وفي الْخَطَأِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَطْلُوبِ
وَذَكَرَ الْخَصَّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ في آداب (((أدب))) الْقَاضِي أَنَّهُ إنْ وَجَبَ الذين (((الدين))) عِوَضًا عن مَالٍ سَالِمٍ لِلْمُشْتَرِي نحو ثَمَنِ الْمَبِيعِ الذي سَلِمَ له الْبَيْعُ وَالْقَرْضُ وَالْغَصْبُ وَالسَّلَمُ الذي أَخَذَ الْمُسَلَّمُ إلَيْهِ رَأْسَ الْمَالِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الطَّالِبِ وَكُلُّ دَيْنٍ ليس له عِوَضٌ أَصْلًا كَإِحْرَاقِ الثَّوْبِ أو له عِوَضٌ ليس بِمَالٍ كَالْمَهْرِ وَبَدَلِ الْخُلْعِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ وَالْكَفَالَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَطْلُوبِ
وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَطْلُوبِ على كل حَالٍ وَلَا يُحْبَسُ لِأَنَّ الْفَقْرَ أَصْلٌ في بَنِي آدَمَ والغنا (((والغنى))) عَارِضٌ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْمَطْلُوبِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ
وقال بَعْضُهُمْ الْقَوْلُ قَوْلُ الطَّالِبِ على كل حَالٍ لِقَوْلِهِ لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ
وقال بَعْضُهُمْ يُحَكَّمُ زِيُّهُ إذَا كان زِيُّهُ زِيَّ الْأَغْنِيَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الطَّالِبِ وَإِنْ كان زِيُّهُ زِيَّ الْفُقَرَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَطْلُوبِ
وَعَنْ الْفَقِيهِ أبي جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُحَكَّمُ زِيُّهُ فَيُؤْخَذُ بِحُكْمِهِ في الْفَقْرِ والغنا (((والغنى))) إلَّا إذَا كان الْمَطْلُوبُ من الْفُقَهَاءِ أو الْعَلَوِيَّةِ أو الْأَشْرَافِ لِأَنَّ من عَادَاتِهِمْ التَّكَلُّفَ في اللِّبَاسِ وَالتَّجَمُّلَ بِدُونِ الغنا فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَدْيُونِ أَنَّهُ مُعْسِرٌ
وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقَوْلَ في الشَّرْعِ قَوْلُ من يَشْهَدُ له الظَّاهِرُ وإذا وَجَبَ الدَّيْنُ بَدَلًا عن مَالٍ سَلِمَ له كان الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلطَّالِبِ لِأَنَّهُ تَثْبُتُ قُدْرَةُ الْمَطْلُوبِ بِسَلَامَةِ الْمَالِ وَكَذَا في الزَّكَاةِ أنها لَا تَجِبُ إلَّا على الْغَنِيِّ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلطَّالِبِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلطَّالِبِ فِيمَا ذَكَرْنَا أَيْضًا من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ وهو إقْدَامُهُ على الْمُعَاقَدَةِ فإن الْإِقْدَامَ على التَّزَوُّجِ دَلِيلُ الْقُدْرَةِ إذْ الظَّاهِرُ أَنَّ الأنسان لَا يَتَزَوَّجُ حتى يَكُونَ له شَيْءٌ وَلَا يَتَزَوَّجُ أَيْضًا حتى يَكُونَ له قُدْرَةٌ على الْمَهْرِ وَكَذَا الْإِقْدَامُ على الْخُلْعِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تُخَالِعُ عَادَةً حتى يَكُونَ عِنْدَهَا شَيْءٌ وَكَذَا الصُّلْحُ لَا يُقْدِمُ الْإِنْسَانُ عليه إلَّا عِنْدَ الْقُدْرَةِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلطَّالِبِ في هذه الْمَوَاضِعِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فصل وَأَمَّا بَيَانُ ما يُمْنَعُ الْمَحْبُوسُ عنه وما لَا يُمْنَعُ فَالْمَحْبُوسُ مَمْنُوعٌ عن الْخُرُوجِ إلَى أَشْغَالِهِ وَمُهِمَّاتِهِ وَإِلَى الْجُمَعِ وَالْجَمَاعَاتِ وَالْأَعْيَادِ وَتَشْيِيعِ الْجَنَائِزِ وَعِيَادَةِ الْمَرْضَى وَالزِّيَارَةِ وَالضِّيَافَةِ لِأَنَّ الْحَبْسَ لِلتَّوَسُّلِ إلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ فإذا مُنِعَ عن أَشْغَالِهِ وَمُهِمَّاتِهِ الدِّينِيَّةِ وَالدُّنْيَوِيَّةِ تَضَجَّرَ فَيُسَارِعُ إلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ وَلَا يُمْنَعُ من دُخُولِ أَقَارِبِهِ عليه لِأَنَّ ذلك لَا يُخِلُّ بِمَا وُضِعَ له الْحَبْسُ بَلْ قد يَقَعُ وَسِيلَةً إلَيْهِ وَلَا يُمْنَعُ من التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ ومن الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِمْ من الْغُرَمَاءِ حتى لو فَعَلَ شيئا من ذلك نَفَذَ ولم يَكُنْ لِلْغُرَمَاءِ وِلَايَةُ الْإِبْطَالِ لِأَنَّ الْحَبْسَ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفَاتِ
وَلَوْ طَلَبَ الْغُرَمَاءُ الَّذِينَ حُبِسَ لِأَجْلِهِمْ من الْقَاضِي أَنْ يَحْجُرَ على الْمَحْبُوسِ

من الْإِقْرَارِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَغَيْرِهَا لم يُجِبْهُمْ إلَى ذلك عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدُهُمَا له أَنْ يُجِيبَهُمْ إلَيْهِ
وَكَذَا إذَا طَلَبُوا من الْقَاضِي بَيْعَ مَالِهِ عليه مِمَّا سِوَى الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ من الْمَنْقُولِ وَالْعَقَارِ له أَنْ يُجِيبَهُمْ إلَيْهِ عِنْدَهُمَا وَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا يُجِيبُهُمْ إلَى ذلك وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْحَجْرِ لَكِنْ إذَا كان دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَعِنْدَهُ دَرَاهِمُ فإن الْقَاضِيَ يَقْضِي بها دَيْنَهُ لِأَنَّهَا من جِنْسِ حَقِّهِ
وَإِنْ كان دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَعِنْدَهُ دَنَانِيرُ بَاعَهَا الْقَاضِي بِالدَّرَاهِمِ وَقَضَى بها دَيْنَهُ
وَكَذَا إذَا كان دَيْنُهُ دَنَانِيرَ وَعِنْدَهُ دَرَاهِمُ بَاعَهَا الْقَاضِي بِالدَّنَانِيرِ وَقَضَى بها دَيْنَهُ فَرْقٌ بين الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَبَيْنَ سَائِرِ الْأَمْوَالِ أَنَّهُ يَبِيعُ أَحَدَهُمَا بِالْآخَرِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ وَلَا يَبِيعُ سَائِرَ الْأَمْوَالِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ من جِنْسٍ وَاحِدٍ من وَجْهٍ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَكْمُلُ نِصَابُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ في بَابِ الزَّكَاةِ والمؤدي عن أَحَدِهِمَا كان مؤديا
(((مؤدى))) عن الْآخَرِ عِنْدَ الْهَلَاكِ فَكَانَ بَيْنَهُمَا مُجَانَسَةٌ من وَجْهٍ فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَعَيْنِ الْآخَرِ حُكْمًا وَلَيْسَ بين الْعُرُوضِ وَبَيْنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ مُجَانَسَةٌ بِوَجْهٍ فَلَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ على الْمَحْبُوسِ بِبَيْعِهِمَا بها وَلِأَنَّ الْعُرُوضَ إذَا بِيعَتْ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ فَإِنَّهَا لَا تشتري مِثْلَ ما تشتري في سَائِرِ الْأَوْقَاتِ بَلْ دُونَ

ذلك وَفِيهِ ضَرَرٌ بِهِ وَلَا ضَرَرَ في الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِأَنَّهَا لَا تَتَفَاوَتُ وَهَذَا بِخِلَافِ ما بَعْدَ الْمَوْتِ أَنَّ الْقَاضِيَ يَبِيعُ جَمِيعَ مَالِهِ لِقَضَاءِ دَيْنِهِ لِأَنَّ بَيْعَ الْقَاضِي ليس تَصَرُّفًا على الْمَيِّتِ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّتِهِ بِالْمَوْتِ وَلِأَنَّهُ رضي بِذَلِكَ في آخِرِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ
هذا هو الظَّاهِرُ لِأَنَّ قَضَاءَ الدُّيُونِ من حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ فَكَانَ رَاضِيًا بِقَضَاءِ الدَّيْنِ من أَيِّ مَالٍ كان تَخْلِيصًا لِنَفْسِهِ عن عُهْدَةِ الدَّيْنِ عِنْدَمَا سَدَّهُ عن حَيَاتِهِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَيُنْفِقُ الْمَحْبُوسُ على نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ وَأَقَارِبِهِ وَلَا يُمْنَعُ من ذلك وَلَا عن شَيْءٍ من التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فصل وَأَمَّا حَبْسُ الْعَيْنِ بِالدَّيْنِ فَالْمَحْبُوسُ بِالدَّيْنِ في الْأَصْلِ على نَوْعَيْنِ مَحْبُوسٌ هو مَضْمُونٌ وَمَحْبُوسٌ هو أَمَانَةٌ وَالْمَضْمُونُ على نَوْعَيْنِ أَيْضًا
مَضْمُونٍ بِالثَّمَنِ وَمَضْمُونٍ بِالْقِيمَةِ فَالْمَضْمُونُ بِالثَّمَنِ كَالْمَبِيعِ في يَدِ الْبَائِعِ حتى لو هَلَكَ سَقَطَ الثَّمَنُ لِأَنَّهُ لو بَقِيَ لَطَالَبَهُ الْبَائِعُ بِهِ فَيُطَالِبُهُ الْمُشْتَرِي بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمْلِيكٌ بِإِزَاءِ تَمْلِيكٍ
وَتَسْلِيمٌ بِإِزَاءِ تَسْلِيمٍ وهو عَاجِزٌ عن التَّسْلِيمِ لِهَلَاكِ الْمَبِيعِ فَلَا يَمْلِكُ مُطَالَبَتَهُ فَلَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ مُطَالَبَتَهُ بِالثَّمَنِ فَيُسْقِطُ ضَرُورَةَ عَدَمِ الْفَائِدَةِ في الْبَقَاءِ وَلِأَنَّ الْمَبِيعَ في يَدِ الْبَائِعِ لَا يَكُونُ أَدْنَى حَالًا من الْمَقْبُوضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ وَذَلِكَ مَضْمُونٌ فَهَذَا أَوْلَى إلَّا أَنَّ ذلك مَضْمُونٌ بِالْقِيمَةِ وَهَذَا بِالثَّمَنِ لِوُجُودِ التَّسْمِيَةِ الصَّحِيحَةِ هَهُنَا وَانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ هُنَاكَ أَصْلًا
وَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ إذَا أَدَّى الثَّمَنَ من مَالِ نَفْسِهِ فَحَبَسَ السِّلْعَةَ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ من الْمُوَكِّلِ فَهَلَكَ فَإِنْ كان قبل الطَّلَبِ يَهْلِكُ أَمَانَةً عِنْدَ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَهْلِكُ مَضْمُونًا وَلَوْ كان بَعْدَ الطَّلَبِ يَهْلِكُ

مَضْمُونًا لَكِنْ ضَمَانُ الْمَبِيعِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ ضَمَانُ الرَّهْنِ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ ضَمَانُ الْغَصْبِ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الْوَكَالَةِ
وَأَمَّا الْمَضْمُونُ بِالْقِيمَةِ فَكَالْمَبِيعِ بَيْعًا فَاسِدًا إذَا لم يَكُنْ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ إذَا فَسَخَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ وَالْمَبِيعُ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَحَبَسَهُ لِيَرُدَّ الْبَائِعُ الثَّمَنَ عليه فَهَلَكَ في يَدِهِ يَهْلِكُ بِقِيمَتِهِ وَيَتَقَاصَّانِ وَيَتَرَادَّانِ الْفَضْلَ
وَكَذَا الْمَرْهُونُ مَضْمُونٌ عِنْدَنَا لَكِنْ بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى ليس بِمَضْمُونٍ أَصْلًا
وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الرَّهْنِ
وَأَمَّا الْمَحْبُوسُ الذي هو أَمَانَةٌ فَنَحْوُ نَمَاءِ الرَّهْنِ فإنه مَحْبُوسٌ بِالدَّيْنِ لَكِنَّهُ أَمَانَةٌ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ حتى لو هَلَكَ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الدَّيْنِ
وَكَذَا الْمُسْتَأْجِرُ دَابَّةً إجَارَةً فَاسِدَةً إذَا كان عَجَّلَ الْأُجْرَةَ فَحَبَسَهَا لِاسْتِيفَاءِ الْأُجْرَةِ الْمُعَجَّلَةِ حتى هَلَكَتْ في يَدِهِ تَهْلِكُ أَمَانَةً وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ الْإِكْرَاهِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ مَعْنَى الْإِكْرَاهِ لُغَةً وَشَرْعًا
وفي بَيَانِ أَنْوَاعِ الْإِكْرَاهِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الْإِكْرَاهِ وفي بَيَانِ حُكْمِ ما يَقَعُ عليه الْإِكْرَاهُ إذَا أتى بِهِ الْمُكْرَهُ وفي بَيَانِ ما عَدَلَ الْمُكْرَهِ إلَى غَيْرِ ما وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ أو زَادَ على ما وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ أو نَقَصَ عنه
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْإِكْرَاهُ في اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عن إثْبَاتِ الْكُرْهِ وَالْكُرْهُ مَعْنًى قَائِمٌ بِالْمُكْرَهِ يُنَافِي الْمَحَبَّةَ وَالرِّضَا وَلِهَذَا يُسْتَعْمَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُقَابِلَ الْآخَرِ قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شيئا وهو خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شيئا وهو شَرٌّ لَكُمْ } وَلِهَذَا قال أَهْلُ السُّنَّةِ إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَكْرَهُ الْكُفْرَ وَالْمَعَاصِيَ أَيْ لَا يُحِبُّهَا وَلَا يَرْضَى بها وَإِنْ كانت الطَّاعَاتُ وَالْمَعَاصِي بِإِرَادَةِ اللَّهِ عز وجل وفي الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عن الدُّعَاءِ إلَى الْفِعْلِ بِالْإِيعَادِ وَالتَّهْدِيدِ مع وُجُودِ شَرَائِطِهَا التي نَذْكُرُهَا في مَوَاضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ أَنْوَاعِ الْإِكْرَاهِ فَنَقُولُ إنَّهُ نَوْعَانِ نَوْعٌ يُوجِبُ الْإِلْجَاءَ وَالِاضْطِرَارَ طَبْعًا كَالْقَتْلِ وَالْقَطْعِ وَالضَّرْبِ الذي يُخَافُ فيه تَلَفُ النَّفْسِ أو الْعُضْوِ قَلَّ الضَّرْبُ أو كَثُرَ وَمِنْهُمْ من قَدَّرَهُ بِعَدَدِ ضَرَبَاتِ الْحَدِّ وَأَنَّهُ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْمُعَوَّلَ عليه تَحَقُّقُ الضَّرُورَةِ فإذا تَحَقَّقَتْ فَلَا مَعْنَى لِصُورَةِ الْعَدَدِ
وَهَذَا النَّوْعُ يُسَمَّى إكْرَاهًا تَامًّا وَنَوْعٌ لَا يُوجِبُ الْإِلْجَاءَ وَالِاضْطِرَارَ وهو الْحَبْسُ وَالْقَيْدُ وَالضَّرْبُ الذي لَا يُخَافُ منه التَّلَفُ وَلَيْسَ فيه تَقْدِيرٌ لَازِمٌ سِوَى أَنْ يَلْحَقَهُ منه الِاغْتِمَامُ الْبَيِّنُ من هذه الْأَشْيَاءِ أَعْنِي الْحَبْسَ وَالْقَيْدَ وَالضَّرْبَ وَهَذَا النَّوْعُ من الْإِكْرَاهِ يُسَمَّى إكْرَاهًا نَاقِصًا

فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الْإِكْرَاهِ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الْمُكْرِهِ وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الْمُكْرَهِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُكْرِهِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ قَادِرًا على تَحْقِيقِ ما أَوْعَدَ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ لَا تَتَحَقَّقُ إلَّا عِنْدَ الْقُدْرَةِ

وَعَلَى هذا قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه إنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا من السُّلْطَانِ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إنَّهُ يَتَحَقَّقُ من السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْإِكْرَاهَ ليس إلَّا إيعَادٌ بِإِلْحَاقِ الْمَكْرُوهِ وَهَذَا يَتَحَقَّقُ من كل مُسَلَّطٍ وأبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه يقول غَيْرُ السُّلْطَانِ لَا يَقْدِرُ على تَحْقِيقِ ما أَوْعَدَ لِأَنَّ الْمُكْرَهَ يَسْتَغِيثُ بِالسُّلْطَانِ فَيُغِيثُهُ فإذا كان الْمُكْرَهُ هو السُّلْطَانُ فَلَا يَجِدُ غَوْثًا
وَقِيلَ إنَّهُ لَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ في الْمَعْنَى إنَّمَا هو خِلَافُ زَمَانٍ فَفِي زَمَنِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لم يَكُنْ لِغَيْرِ السُّلْطَانِ قُدْرَةُ الْإِكْرَاهِ ثُمَّ تَغَيَّرَ الْحَالُ في زَمَانِهِمَا فَغَيَّرَ الْفَتْوَى على حَسَبِ الْحَالِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَأَمَّا الْبُلُوغُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِتَحَقُّقِ الْإِكْرَاهِ حتى يَتَحَقَّقَ من الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إذَا كان مُطَاعًا مُسَلَّطًا وَكَذَلِكَ الْعَقْلُ وَالتَّمْيِيزُ الْمُطْلَقُ ليس بِشَرْطٍ فَيَتَحَقَّقُ الْإِكْرَاهُ من الْبَالِغِ الْمُخْتَلِطِ الْعَقْلِ بَعْدَ أَنْ كان مُطَاعًا مُسَلَّطًا
وَأَمَّا النَّوْعُ الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُكْرَهِ فَهُوَ أَنْ يَقَعَ في غَالِبِ رَأْيِهِ وَأَكْثَرِ ظَنِّهِ أَنَّهُ لو لم يُجِبْ إلَى ما دُعِيَ إلَيْهِ تَحَقَّقَ ما أُوعِدَ بِهِ لِأَنَّ غَالِبَ الرَّأْيِ حُجَّةٌ خُصُوصًا عِنْدَ تَعَذُّرِ الْوُصُولِ إلَى التَّعَيُّنِ حتى إنه لو كان في أَكْثَرِ رَأْيِ الْمُكْرَهِ أَنَّ الْمُكْرِهَ لَا يُحَقِّقُ ما أَوْعَدَهُ لَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْإِكْرَاهِ شَرْعًا
وَإِنْ وَجَدَ صُورَةَ الْإِيعَادِ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ لم تَتَحَقَّقْ وَمِثْلُهُ لو أَمَرَهُ بِفِعْلٍ ولم يُوعِدْهُ عليه وَلَكِنْ في أَكْثَرِ رَأْيِ الْمُكْرَهِ أَنَّهُ لو لم يَفْعَلْ تَحَقَّقَ ما أَوْعَدَ يَثْبُتُ حُكْمُ الْإِكْرَاهِ لِتَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ وَلِهَذَا أنه لو كان في أَكْثَرِ رَأْيِهِ أَنَّهُ لو امْتَنَعَ عن تَنَاوُلِ الْمَيْتَةِ وَصَبَرَ إلَى أَنْ يَلْحَقَهُ الْجُوعُ الْمُهْلِكُ لَأُزِيلَ عنه الْإِكْرَاهُ لَا يُبَاحُ له أَنْ يُعَجِّلَ بِتَنَاوُلِهَا وَإِنْ كان في أَكْثَرِ رَأْيِهِ أَنَّهُ وَإِنْ صَبَرَ إلَى تِلْكَ الْحَالَةِ لَمَا أُزِيلَ عنه الْإِكْرَاهُ يُبَاحُ أَنْ يَتَنَاوَلَهَا لِلْحَالِ
دَلَّ أَنَّ الْعِبْرَةَ لِغَالِبِ الرَّأْيِ وَأَكْثَرِ الظَّنِّ دُونَ صُورَةِ الْإِيعَادِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ تعالى (((وتعالى))) أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَقَعُ عليه الْإِكْرَاهُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ ما يَقَعُ عليه الْإِكْرَاهُ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ حِسِّيٌّ وَشَرْعِيٌّ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على ضَرْبَيْنِ مُعَيَّنٍ وَمُخَيَّرٍ فيه
أَمَّا الْحِسِّيُّ الْمُعَيَّنُ في كَوْنِهِ مُكْرَهًا عليه فَالْأَكْلُ وَالشُّرْبُ وَالشَّتْمُ وَالْكُفْرُ وَالْإِتْلَافُ وَالْقَطْعُ عَيْنًا
وَأَمَّا الشَّرْعِيُّ فَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالتَّدْبِيرُ وَالنِّكَاحُ وَالرَّجْعَةُ وَالْيَمِينُ وَالنَّذْرُ وَالظِّهَارُ وَالْإِيلَاءُ وَالْفَيْءُ في الْإِيلَاءِ وَالْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالْهِبَةُ وَالْإِجَارَةُ وَالْإِبْرَاءُ عن الْحُقُوقِ وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ وَتَسْلِيمُ الشُّفْعَةِ وَتَرْكُ طَلَبِهَا وَنَحْوُهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ ما يَقَعُ عليه الْإِكْرَاهُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ أَمَّا التَّصَرُّفَاتُ الْحِسِّيَّةُ فَيَتَعَلَّقُ بها حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا يَرْجِعُ إلَى الْآخِرَةِ وَالثَّانِي يَرْجِعُ إلَى الدُّنْيَا
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْآخِرَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ التَّصَرُّفَاتُ الْحِسِّيَّةُ التي يَقَعُ عليها الْإِكْرَاهُ في حَقِّ أَحْكَامِ الْآخِرَةِ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ نَوْعٌ هو مُبَاحٌ وَنَوْعٌ هو مُرَخَّصٌ وَنَوْعٌ هو حَرَامٌ ليس بِمُبَاحٍ وَلَا مُرَخَّصٍ
أَمَّا النَّوْعُ الذي هو مُبَاحٌ فَأَكْلُ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَلَحْمِ الْخِنْزِيرِ وَشُرْبُ الْخَمْرِ إذَا كان الْإِكْرَاهُ تَامًّا بِأَنْ كان بِوَعِيدِ تَلَفٍ لِأَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ مِمَّا تُبَاحُ عِنْدَ الإضرار (((الاضطرار))) قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { إلَّا ما اُضْطُرِرْتُمْ إلَيْهِ } أَيْ دَعَتْكُمْ شِدَّةُ الْمَجَاعَةِ إلَى أَكْلِهَا وَالِاسْتِثْنَاءُ من التَّحْرِيمِ إبَاحَةٌ وقد تَحَقَّقَ الإضطرار بِالْإِكْرَاهِ فَيُبَاحُ له التَّنَاوُلُ بَلْ لَا يُبَاحُ له الِامْتِنَاعُ عنه وَلَوْ امْتَنَعَ عنه حتى قُتِلَ يُؤَاخَذُ بِهِ كما في حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ لِأَنَّهُ بِالِامْتِنَاعِ عنه صَارَ مُلْقِيًا نَفْسَهُ

فِي التَّهْلُكَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى نهى عن ذلك بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إلَى التَّهْلُكَةِ } وَإِنْ كان الْإِكْرَاهُ نَاقِصًا لَا يَحِلُّ له الْإِقْدَامُ عليه وَلَا يُرَخَّصُ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يَفْعَلُهُ لِلضَّرُورَةِ بَلْ لِدَفْعِ الْغَمِّ عن نَفْسِهِ فَكَانَتْ الْحُرْمَةُ بِحُكْمِهَا قَائِمَةً

وَكَذَلِكَ لو كان الْإِكْرَاهُ بِالْإِجَاعَةِ بِأَنْ قال لَتَفْعَلَنَّ كَذَا وَإِلَّا لَأُجِيعَنَّكَ لَا يَحِلُّ له أَنْ يَفْعَلَ حتى يَجِيئَهُ من الْجُوعِ ما يُخَافُ منه تَلَفُ النَّفْسِ أو الْعُضْوِ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ لَا تَتَحَقَّقُ إلَّا في تِلْكَ الْحَالَةِ

وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا النَّوْعُ الذي هو مُرَخَّصٌ فَهُوَ إجْرَاءُ كَلِمَةِ الْكُفْرِ على اللِّسَانِ مع اطْمِئْنَانِ الْقَلْبِ بِالْإِيمَانِ إذَا كان الْإِكْرَاهُ تَامًّا وهو مُحَرَّمٌ في نَفْسِهِ مع ثُبُوتِ الرُّخْصَةِ فَأَثَرُ بالرخصة (((الرخصة))) في تَغَيُّرِ حُكْمِ الْفِعْلِ وهو الْمُؤَاخَذَةُ لَا في تَغَيُّرِ وَصْفِهِ وهو الْحُرْمَةُ لِأَنَّ كَلِمَةَ الْكُفْرِ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْإِبَاحَةَ بِحَالٍ فَكَانَتْ الْحُرْمَةُ قَائِمَةً إلَّا أَنَّهُ سَقَطَتْ الْمُؤَاخَذَةُ لِعُذْرِ الْإِكْرَاهِ

قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { من كَفَرَ بِاَللَّهِ من بَعْدِ إيمَانِهِ إلَّا من أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ من شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ من اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ }

إلَّا من أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ على التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ في الْكَلَامِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَالِامْتِنَاعُ عنه أَفْضَلُ من الْإِقْدَامِ عليه حتى لو امْتَنَعَ فَقُتِلَ كان مَأْجُورًا لِأَنَّهُ جَادَ بِنَفْسِهِ في سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى فَيَرْجُو أَنْ يَكُونَ له ثَوَابُ الْمُجَاهِدِينَ بِالنَّفْسِ هُنَا

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من قُتِلَ مُجْبَرًا في نَفْسِهِ فَهُوَ في ظِلِّ الْعَرْشِ يوم الْقِيَامَةِ وَكَذَلِكَ التَّكَلُّمُ بِشَتْمِ النبي عليه السلام مع اطْمِئْنَانِ الْقَلْبِ بِالْإِيمَانِ

وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ أَنَّ عَمَّارَ بن يَاسِرٍ رضي اللَّهُ عنهما لَمَّا أَكْرَهَهُ الْكُفَّارُ وَرَجَعَ إلَى رسول اللَّهِ فقال له ما وَرَاءَك يا عَمَّارُ فقال شَرٌّ يا رَسُولَ اللَّهِ ما تَرَكُونِي حتى نِلْتُ مِنْكَ فقال رسول اللَّهِ إنْ عَادُوا فَعُدْ فَقَدْ رَخَّصَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في إتْيَانِ الْكَلِمَةِ بِشَرِيطَةِ اطْمِئْنَانِ الْقَلْبِ بِالْإِيمَانِ حَيْثُ أَمَرَهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالْعَوْدِ إلَى ما وُجِدَ منه لَكِنْ الِامْتِنَاعُ أَفْضَلُ لِمَا مَرَّ

وَمِنْ هذا النَّوْعِ شَتْمُ الْمُسْلِمِ لِأَنَّ عِرْضَ الْمُسْلِمِ حَرَامُ التَّعَرُّضِ في كل حَالٍ قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلُّ الْمُسْلِمِ على الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَعِرْضُهُ وَمَالُهُ إلَّا أَنَّهُ رَخَّصَ له لِعُذْرِ الْإِكْرَاهِ وَأَثَرُ الرُّخْصَةِ في سُقُوطِ الْمُؤَاخَذَةِ دُونَ الْحُرْمَةِ وَالِامْتِنَاعُ عنه حِفْظًا لِحُرْمَةِ الْمُسْلِمِ وَإِيثَارًا له على نَفْسِهِ أَفْضَلُ وَمِنْ هذا النَّوْعِ إتْلَافُ مَالِ الْمُسْلِمِ لِأَنَّ حُرْمَةَ مَالِ الْمُسْلِمِ حُرْمَةُ دَمِهِ على لِسَانِ رسول اللَّهِ فَلَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ بِحَالٍ إلَّا أَنَّهُ رُخِّصَ له الْإِتْلَافُ لِعُذْرِ الْإِكْرَاهِ حَالَ الْمَخْمَصَةِ على ما نَذْكُرُ وَلَوْ امْتَنَعَ حتى قُتِلَ لَا يَأْثَمُ بَلْ يُثَابُ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ قَائِمَةٌ فَهُوَ بِالِامْتِنَاعِ قَضَى حَقَّ الْحُرْمَةِ فَكَانَ مَأْجُورًا لَا مَأْزُورًا

وَكَذَلِكَ إتْلَافُ مَالِ نَفْسِهِ مُرَخَّصٌ بِالْإِكْرَاهِ لَكِنْ مع قِيَامِ الْحُرْمَةِ حتى إنه لو

امْتَنَعَ فَقُتِلَ لَا يَأْثَمُ بَلْ يُثَابُ
لِأَنَّ حُرْمَةَ ماله لا تسقط بالإكراه
لو امتنع فقتل لا يأثم بل يثاب
لِأن حرمة مَالِهِ لَا تَسْقُطُ بِالْإِكْرَاهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ أُبِيحَ له الدَّفْعُ قال النبي عليه السلام قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ وَكَذَا من أَصَابَتْهُ الْمَخْمَصَةُ فَسَأَلَ صَاحِبَهُ الطَّعَامَ فَمَنَعَهُ فَامْتَنَعَ من التَّنَاوُلِ حتى مَاتَ أَنَّهُ لَا يَأْثَمُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ بِالِامْتِنَاعِ رَاعَى حَقَّ الْحُرْمَةِ
هذا إذَا كان الْإِكْرَاهُ تَامًّا فَإِنْ كان نَاقِصًا من الْحَبْسِ وَالْقَيْدِ وَالضَّرْبِ الذي لَا يُخَافُ منه تَلَفُ النَّفْسِ وَالْعُضْوِ لَا يُرَخَّصُ له أَصْلًا وَيُحْكَمُ بِكُفْرِهِ وَإِنْ قال كان قَلْبِي مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ فَلَا يُصَدَّقُ في الْحُكْمِ على ما نَذْكُرُ
وَيَأْثَمُ بِشَتْمِ الْمُسْلِمِ وَإِتْلَافِ مَالِهِ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ لم تَتَحَقَّقْ
وَكَذَا إذَا كان الْإِكْرَاهُ تَامًّا وَلَكِنْ في أَكْبَرِ رَأْيِ الْمُكْرَهِ إن الْمُكْرِهَ لَا يُحَقِّقُ ما أَوْعَدَهُ لَا يُرَخَّصُ له الْفِعْلُ أَصْلًا وَلَوْ فَعَلَ يَأْثَمُ لِانْعِدَامِ تَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ لِانْعِدَامِ الْإِكْرَاهِ شَرْعًا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا النَّوْعُ الذي لَا يُبَاحُ وَلَا يُرَخَّصُ بِالْإِكْرَاهِ أَصْلًا فَهُوَ قَتْلُ الْمُسْلِمِ بِغَيْرِ حَقٍّ سَوَاءٌ كان الْإِكْرَاهُ نَاقِصًا أو تَامًّا لِأَنَّ قَتْلَ الْمُسْلِمِ بِغَيْرِ حَقٍّ لَا يَحْتَمِلُ الْإِبَاحَةَ بِحَالٍ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ التي حَرَّمَ اللَّهُ إلَّا بِالْحَقِّ }
وَكَذَا قَطْعُ عُضْوٍ من أَعْضَائِهِ وَالضَّرْبُ الْمُهْلِكُ
قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَاَلَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ ما اكْتَسَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا } وَكَذَلِكَ ضَرْبُ الْوَالِدَيْنِ قَلَّ أو كَثُرَ قال اللَّهُ تَعَالَى { فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ } وَالنَّهْيُ عن التَّأْفِيفِ نَهْيٌ عن الضَّرْبِ دَلَالَةً بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى فَكَانَتْ الْحُرْمَةُ قَائِمَةً بِحُكْمِهَا فَلَا يُرَخَّصُ الْإِقْدَامُ عليه وَلَوْ أَقْدَمَ يَأْثَمُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا ضَرْبُ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ إذَا كان مِمَّا لَا يُخَافُ منه التَّلَفُ كَضَرْبِ سَوْطٍ أو نَحْوِهِ فَيُرْجَى أَنْ لَا يؤاخذبه
وَكَذَا الْحَبْسُ وَالْقَيْدُ لِأَنَّ ضَرَرَهُ دُونَ ضَرَرِ الْمُكْرَهِ بِكَثِيرٍ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَرْضَى بهذا الْقَدْرِ من الضَّرَرِ لِإِحْيَاءِ أَخِيهِ وَلَوْ أَذِنَ له الْمُكْرَهُ عليه أو قَطَعَهُ أو ضَرَبَهُ فقال لِلْمُكْرَهِ افْعَلْ لَا يُبَاحُ له أَنْ يَفْعَلَ لِأَنَّ هذا مِمَّا لَا يُبَاحُ بِالْإِبَاحَةِ وَلَوْ فَعَلَ فَهُوَ آثِمٌ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو فَعَلَ بِنَفْسِهِ أَثِمَ فَبِغَيْرِهِ أَوْلَى
وَكَذَا الزِّنَا من هذا الْقَبِيلِ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ وَلَا يُرَخَّصُ لِلرَّجُلِ بِالْإِكْرَاهِ وَإِنْ كان تَامًّا وَلَوْ فَعَلَ يَأْثَمُ لِأَنَّ حُرْمَةَ الزِّنَا ثَابِتَةٌ في الْعُقُولِ
قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلَا تَقْرَبُوا الزنى (((الزنا))) إنَّهُ كان فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا } فَدَلَّ أَنَّهُ كان فَاحِشَةً في الْعَقْلِ قبل وُرُودِ الشَّرْعِ فَلَا يَحْتَمِلُ الرُّخْصَةَ بِحَالٍ كَقَتْلِ الْمُسْلِمِ بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَوْ أَذِنَتْ الْمَرْأَةُ بِهِ لَا يُبَاحُ أَيْضًا حُرَّةً كانت أو أَمَةً أَذِنَ له (((لها))) مَوْلَاهَا لِأَنَّ الْفَرْجَ لَا يُبَاحُ بِالْإِبَاحَةِ وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَيُرَخَّصُ لها لِأَنَّ الذي يُتَصَوَّرُ منها ليس إلَّا التَّمْكِينُ وَهِيَ مع ذلك مَدْفُوعَةٌ إلَيْهِ وَهَذَا عِنْدِي فيه نَظَرٌ لِأَنَّ فِعْلَ الزِّنَا كما يُتَصَوَّرُ من الرَّجُلِ يُتَصَوَّرُ من الْمَرْأَةِ
أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى

سَمَّاهَا زَانِيَةً إلَّا أَنَّ زِنَا الرَّجُلِ بِالْإِيلَاجِ وَزِنَاهَا بِالتَّمْكِينِ وَالتَّمْكِينُ فِعْلٌ منها لَكِنَّهُ فِعْلُ سُكُوتٍ فَاحْتَمَلَ الْوَصْفَ بِالْحَظْرِ وَالْحُرْمَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَخْتَلِفَ فيه حُكْمُ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فَلَا يُرَخَّصُ لِلْمَرْأَةِ كما لَا يُرَخَّصُ لِلرَّجُلِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا الْحُكْمُ الذي يَرْجِعُ إلَى الدُّنْيَا في الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ

أَمَّا النَّوْعُ الْأَوَّلُ فَالْمُكْرَهُ على الشُّرْبِ لَا يَجِبُ عليه الْحَدُّ إذَا كان الْإِكْرَاهُ تَامًّا لِأَنَّ الْحَدَّ شُرِعَ زَاجِرًا عن الْجِنَايَةِ في الْمُسْتَقْبَلِ وَالشُّرْبُ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ جِنَايَةً بِالْإِكْرَاهِ وَصَارَ مُبَاحًا بَلْ وَاجِبًا عليه على ما مَرَّ وإذا كان نَاقِصًا يَجِبُ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ النَّاقِصَ لم يُوجِبْ تَغَيُّرَ الْفِعْلِ عَمَّا كان عليه قبل الْإِكْرَاهِ بِوَجْهٍ ما فَلَا يُوجِبُ تَغَيُّرَ حُكْمِهِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي فَالْمُكْرَهُ على الْكُفْرِ لَا يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ إذَا كان قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ بِخِلَافِ الْمُكْرَهِ على الْإِيمَانِ أَنَّهُ يُحْكَمُ بِإِيمَانِهِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا من وَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّ الْإِيمَانَ في الْحَقِيقَةِ تَصْدِيقٌ وَالْكُفْرَ في الْحَقِيقَةِ تَكْذِيبٌ وَكُلُّ ذلك عَمَلُ الْقَلْبِ

وَالْإِكْرَاهُ لايعمل على الْقَلْبِ فَإِنْ كان مُصَدِّقًا بِقَلْبِهِ كان مُؤْمِنًا لِوُجُودِ حَقِيقَةِ الْإِيمَانِ وَإِنْ كان مُكَذِّبًا بِقَلْبِهِ كان كَافِرًا لِوُجُودِ حَقِيقَةِ الْكُفْرِ إلَّا أَنَّ عِبَارَةَ اللِّسَانِ جعل (((جعلت))) دَلِيلًا على التَّصْدِيقِ وَالتَّكْذِيبِ ظَاهِرًا حَالَةَ الطَّوْعِ وقد بَطَلَتْ هذه الدَّلَالَةُ بِالْإِكْرَاهِ فَبَقِيَ الْإِيمَانُ منه وَالْكُفْرُ مُحْتَمَلًا فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُحْكَمَ بِالْإِسْلَامِ حَالَةَ الْإِكْرَاهِ مع الِاحْتِمَالِ كما لم يُحْكَمْ بِالْكُفْرِ فيها بِالِاحْتِمَالِ إلَّا أَنَّهُ حُكِمَ بِذَلِكَ لِوَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّا إنَّمَا قَبِلْنَا ظَاهِرَ إيمَانِهِ مع الْإِكْرَاهِ لِيُخَالِطَ الْمُسْلِمِينَ فَيَرَى مَحَاسِنَ الْإِسْلَامِ فيؤول (((فيئول))) أَمْرُهُ إلَى الْحَقِيقَةِ وَإِنْ كنا لَا نَعْلَمُ بِإِيمَانِهِ لَا قَطْعًا وَلَا غَالِبًا

وَهَذَا جائر (((جائز)))

أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تبارك (((تباك))) وَتَعَالَى أَمَرَنَا في النِّسَاءِ الْمُهَاجِرَاتِ بِامْتِحَانِهِنَّ بَعْدَ وُجُودِ ظَاهِرِ الْكَلِمَةِ مِنْهُنَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ } لِيَظْهَرَ لنا إيمَانُهُنَّ بِالدَّلِيلِ الْغَالِبِ لِقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إلَى الْكُفَّارِ } كَذَا هَهُنَا

وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَحَقَّقُ في الْإِكْرَاهِ على الْكُفْرِ

وَالثَّانِي أَنَّ اعْتِبَارَ الدَّلِيلِ الْمُحْتَمَلِ في بَابِ الْإِسْلَامِ يَرْجِعُ إلَى إعْلَاءِ الدِّينِ الْحَقِّ وإن اعْتِبَارَ الْغَالِبِ يَرْجِعُ إلَى ضِدِّهِ وَإِعْلَاءُ الدِّينِ الْحَقِّ وَاجِبٌ

قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى فَوَجَبَ اعْتِبَارُ الْمُحْتَمَلِ دُونَ الْغَالِبِ إعلاءا (((إعلاء))) لِدِينِ الْحَقِّ وَذَلِكَ في الْحُكْمِ بِإِيمَانِ الْمُكْرَهِ على الْإِيمَانِ وَالْحُكْمِ بِعَدَمِ كُفْرِ الْمُكْرَهِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ أُكْرِهَ على الْإِسْلَامِ فَأَسْلَمَ ثُمَّ رَجَعَ يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ بَلْ يُحْبَسُ وَلَكِنْ لَا يُقْتَلُ وَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْتَلَ لِوُجُودِ الرِّدَّةِ منه وَهِيَ الرُّجُوعُ 2 عن الْإِسْلَامِ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّا إنَّمَا قَبِلْنَا كَلِمَةَ الْإِسْلَامِ منه ظَاهِرًا طَمَعًا لِلْحَقِيقَةِ لِيُخَالِطَ الْمُسْلِمِينَ فَيَرَى مَحَاسِنَ الْإِسْلَامِ فَيَنْجَعَ التَّصْدِيقُ في قَلْبِهِ على ما مَرَّ فإذا رَجَعَ تُبُيِّنَ أَنَّهُ لَا مَطْمَعَ لِحَقِيقَةِ الْإِسْلَامِ فيه وَأَنَّهُ على اعْتِقَادِهِ الْأَوَّلِ فلم يَكُنْ هذا رُجُوعًا عن الْإِسْلَامِ بَلْ إظْهَارًا لِمَا كان في قَلْبِهِ من التَّكْذِيبِ فَلَا يُقْتَلُ

وَكَذَلِكَ الكافرإذا أَسْلَمَ وَلَهُ أَوْلَادٌ صِغَارٌ حتى حُكِمَ بِإِسْلَامِهِمْ تَبَعًا لِأَبِيهِمْ فَبَلَغُوا

كُفَّارًا يُجْبَرُونَ على الْإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُونَ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منهم الْإِسْلَامُ حَقِيقَةً فلم يَتَحَقَّقْ الرُّجُوعُ عنه وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ أُكْرِهَ على أَنْ يُقِرَّ أَنَّهُ أَسْلَمَ أَمْسِ فَأَقَرَّ لايحكم بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ لِمَا نَذْكُرُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وإذا لم يُحْكَمْ بِكُفْرِهِ بِإِجْرَاءِ الْكَلِمَةِ لَا تَثْبُتُ أَحْكَامُ الْكُفْرِ حتى لَا تَبِينَ منه إمْرَأَتُهُ وَالْقِيَاسُ أَنْ تَثْبُتَ الْبَيْنُونَةُ لِوُجُودِ سَبَبِ الْفُرْقَةِ وهو الْكَلِمَةُ أو هِيَ من أَسْبَابِ الْفُرْقَةِ بِمَنْزِلَةِ كَلِمَةِ الطَّلَاقِ ثُمَّ حُكْمُ تِلْكَ لَا يَخْتَلِفُ بِالطَّوْعِ وَالْكَرْهِ فَكَذَا حُكْمُ هذه
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ سَبَبَ الْفُرْقَةِ الرِّدَّةُ دُونَ نَفْسِ الْكَلِمَةِ وَإِنَّمَا الْكَلِمَةُ دَلَالَةٌ عليها حَالَةَ الطَّوْعِ ولم يَبْقَ دَلِيلًا حَالَةَ الْإِكْرَاهِ فلم تَثْبُتْ الرِّدَّةُ فَلَا تَثْبُتُ الْبَيْنُونَةُ
وَلَوْ قال الْمُكْرَهُ خَطَرَ بِبَالِي في قَوْلِي كَفَرْت بِاَللَّهِ أَنْ أُخْبِرَ عن الْمَاضِي كَاذِبًا ولم أَكُنْ فَعَلْت لَا يُصَدَّقُ في الْحُكْمِ وَيُحْكَمُ بِكُفْرِهِ لِأَنَّهُ دُعِيَ إلَى إنْشَاءِ الْكُفْرِ وقدأخبر أَنَّهُ أتى بِالْإِخْبَارِ وهو غَيْرُ مُكْرَهٍ على الْإِخْبَارِ بَلْ هو طَائِعٌ فيه وَلَوْ قال طَائِعًا كَفَرْت باللهثم قال عَنَيْت بِهِ الْإِخْبَارَ عن الْمَاضِي كَاذِبًا ولم أَكُنْ فَعَلْت لَا يُصَدَّقُ في الْقَضَاءِ
كَذَا هذا وَيُصَدَّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ كَلَامُهُ وَإِنْ كان خِلَافَ الظَّاهِرِ
وَلَوْ أُكْرِهَ على الْإِخْبَارِ فِيمَا مَضَى ثُمَّ قال ما أَرَدْت بِهِ الْخَبَرَ عن الْمَاضِي فَهُوَ كَافِرٌ في الْقَضَاءِ وَفِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ لم يُجِبْهُ إلَى ما دَعَاهُ إلَيْهِ بَلْ أَخْبَرَ أَنَّهُ أَنْشَأَ الْكُفْرَ طَوْعًا
وَلَوْ قال لم

يَخْطِرْ بِبَالِي شَيْءٌ آخَرُ لَا يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ لِأَنَّهُ إذَا لم يُرِدْ شيئا يُحْمَلُ على الْإِجَابَةِ إلَى ظَاهِرِ الْكَلِمَةِ مع اطْمِئْنَانِ الْقَلْبِ بِالْإِيمَانِ فَلَا يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ
وَكَذَلِكَ لو أُكْرِهَ على الصَّلَاةِ لِلصَّلِيبِ فَقَامَ يُصَلِّي فَخَطَرَ بِبَالِهِ أَنْ يُصَلِّيَ لِلَّهِ تَعَالَى وهو مُسْتَقْبِلٌ الْقِبْلَةَ أو غَيْرُ مُسْتَقْبِلِ الْقِبْلَةَ فَيَنْبَغِي أَنْ يَنْوِيَ بِالصَّلَاةِ أَنْ تَكُونَ لِلَّهِ عز وجل فإذا قال نَوَيْت بِهِ ذلك لم يُصَدَّقْ في الْقَضَاءِ وَيُحْكَمُ بِكُفْرِهِ لِأَنَّهُ أتى بِغَيْرِ ما دُعِيَ إلَيْهِ فَكَانَ طَائِعًا وَالطَّائِعُ إذَا فَعَلَ ذلك وقال نَوَيْت بِهِ ذلك لَا يُصَدَّقُ في الْقَضَاءِ كَذَا هذا وَيُصَدَّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ عز شَأْنُهُ لِأَنَّهُ نَوَى ما يَحْتَمِلُهُ فِعْلُهُ وَلَوْ صلى لِلصَّلِيبِ ولم يُصَلِّ لِلَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وقد خَطَرَ بِبَالِهِ ذلك فَهُوَ كَافِرٌ بِاَللَّهِ في الْقَضَاءِ وَفِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ صلى لِلصَّلِيبِ طَائِعًا مع إمْكَانِ الصَّلَاةِ لِلَّهِ تَعَالَى
وَإِنْ كان مُسْتَقْبِلَ الصَّلِيبِ فَإِنْ لم يَخْطِرْ بِبَالِهِ شَيْءٌ وَصَلَّى لِلصَّلِيبِ ظَاهِرًا وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ لَا يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ وَيُحْمَلُ على الْإِجَابَةِ إلَى ظَاهِرِ ما دعى إلَيْهِ مع سُكُونِ قَلْبِهِ بِالْإِيمَانِ
وَكَذَلِكَ لو أُكْرِهَ على سَبِّ النبي فَخَطَرَ بِبَالِهِ رَجُلٌ آخَرُ اسْمُهُ مُحَمَّدٌ فَسَبَّهُ وَأَقَرَّ بِذَلِكَ لَا يُصَدَّقُ في الْحُكْمِ وَيُحْكَمُ بِكُفْرِهِ لِأَنَّهُ إذَا خَطَرَ بِبَالِهِ رَجُلٌ آخَرُ فَهَذَا طَائِعٌ في سَبِّ النبي مُحَمَّدٍ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ثُمَّ قال عَنَيْت بِهِ غَيْرَهُ فَلَا يُصَدَّقُ في الْحُكْمِ وَيُصَدَّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يحتمله

(((يحتمل))) كَلَامُهُ وَلَوْ لم يَقْصِدْ بِالسَّبِّ رَجُلًا آخَرَ فَسَبَّ النبي فَهُوَ كَافِرٌ في الْقَضَاءِ وَفِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ جَلَّ شَأْنُهُ
وَلَوْ لم يَخْطِرْ بِبَالِهِ شَيْءٌ لَا يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ وَيُحْمَلُ على جِهَةِ الْإِكْرَاهِ على ما مَرَّ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا كان الْإِكْرَاهُ على الْكُفْرِ تَامًّا فَأَمَّا إذَا كان نَاقِصًا يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ لِأَنَّهُ ليس بِمُكْرَهٍ في الْحَقِيقَةِ لِأَنَّهُ ما فَعَلَهُ لِلضَّرُورَةِ بَلْ لِدَفْعِ الْغَمِّ عن نَفْسِهِ وَلَوْ قال كان قَلْبِي مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ لَا يُصَدَّقُ في الْحُكْمِ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ كَالطَّائِعِ إذَا أَجْرَى الْكَلِمَةَ ثُمَّ قال كان قَلْبِي مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ وَيُصَدَّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى
وَأَمَّا الْمُكْرَهُ على إتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ إذَا أَتْلَفَهُ يَجِبُ الضَّمَانُ على الْمُكْرِهِ دُونَ الْمُكْرَهِ إذَا كان الْإِكْرَاهُ تَامًّا لِأَنَّ الْمُتْلِفَ هو الْمُكْرِهُ من حَيْثُ الْمَعْنَى وَإِنَّمَا الْمُكْرَهُ بِمَنْزِلَةِ الْآلَةِ على مَعْنَى أَنَّهُ مَسْلُوبُ الِاخْتِيَارِ إيثَارًا وَارْتِضَاءً
وَهَذَا النَّوْعُ من الْفِعْلِ مِمَّا يُمْكِنُ تَحْصِيلُهُ بِآلَةِ غَيْرِهِ بِأَنْ يَأْخُذَ الْمُكْرَهَ فيصر (((فيضربه))) به على الْمَالِ فَأَمْكَنَ جَعْلُهُ آلَةَ الْمُكْرِهِ فَكَانَ التَّلَفُ حَاصِلًا بِإِكْرَاهِهِ فَكَانَ الضَّمَانُ عليه وَإِنْ كان الْإِكْرَاهُ نَاقِصًا فَالضَّمَانُ على الْمُكْرَهِ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ النَّاقِصَ لَا يَجْعَلُ الْمُكْرَهَ آلَةَ الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ لَا يُسْلَبُ الِاخْتِيَارُ أَصْلًا فَكَانَ الْإِتْلَافُ من الْمُكْرَهِ فَكَانَ الضَّمَانُ عليه وَكَذَلِكَ لو أُكْرِهَ على أَنْ يَأْكُلَ مَالَ غَيْرِهِ فَالضَّمَانُ عليه لِأَنَّ هذا النَّوْعَ من الْفِعْلِ وهو الْأَكْلُ مِمَّا لَا يَعْمَلُ عليه الْإِكْرَاهُ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ تَحْصِيلُهُ بِآلَةِ غَيْرِهِ فَكَانَ طَائِعًا فيه فَكَانَ الضَّمَانُ عليه وَلَوْ أُكْرِهَ على أَنْ يَأْكُلَ طَعَامَ نَفْسِهِ فَأَكَلَ أو على أَنْ يَلْبَسَ ثَوْبَ نَفْسِهِ فَلَبِسَ حتى تَخَرَّقَ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ على أَكْلِ مَالِ غير (((غيره))) لَمَّا لم يُوجِبْ الضَّمَانَ على الْمُكْرِهِ فَعَلَى مَالِ نَفْسِهِ أَوْلَى مع ما أَنَّ أَكْلَ مَالِ نَفْسِهِ وليس (((ولبس))) ثَوْبِ نَفْسِهِ لبس (((ليس))) من بَابِ الْإِتْلَافِ بَلْ هو صَرْفُ مَالِ نَفْسِهِ إلَى مَصْلَحَةِ بَقَائِهِ وَمَنْ صَرَفَ مَالَ نَفْسِهِ إلَى مَصْلَحَتِهِ لَا ضَمَانَ له على أَحَدٍ
وَلَوْ أَذِنَ صَاحِبُ الْمَالِ الْمُكْرَهُ بِإِتْلَافِ مَالِهِ من غَيْرِ إكْرَاهٍ فَأَتْلَفَهُ لَا ضَمَانَ على أَحَدٍ لِأَنَّ الْإِذْنَ بِالْإِتْلَافِ يَعْمَلُ في الْأَمْوَالِ لِأَنَّ الْأَمْوَالَ مِمَّا تُبَاحُ بِالْإِبَاحَةِ وَإِتْلَافُ مَالٍ مَأْذُونٍ فيه لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّالِثُ فَأَمَّا الْمُكْرَهُ على الْقَتْلِ فَإِنْ كان الْإِكْرَاهُ تَامًّا فَلَا قِصَاصَ عليه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رضي اللَّهُ عنهما وَلَكِنْ يُعَزَّرُ وَيَجِبُ على الْمُكْرِهِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا وَلَكِنْ تَجِبُ الدِّيَةُ على الْمُكْرِهِ
وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ على الْمُكْرَهِ دُونَ الْمُكْرِهِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقَتْلَ اسْمٌ لِفِعْلٍ يُفْضِي إلَى زُهُوقِ الْحَيَاةِ عَادَةً وقد وُجِدَ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَّا أَنَّهُ حَصَلَ من الْمُكْرَهِ مُبَاشَرَةً وَمِنْ الْمُكْرِهِ تَسْبِيبًا فَيَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا جميعا
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقَتْلَ وُجِدَ من الْمُكْرَهِ حَقِيقَةً حِسًّا وَمُشَاهَدَةً وَإِنْكَارُ الْمَحْسُوسِ مُكَابَرَةٌ فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ منه دُونَ الْمُكْرِهِ إذْ الْأَصْلُ اعْتِبَارُ الْحَقِيقَةِ لَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عنها إلَّا بِدَلِيلٍ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُكْرِهَ ليس بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً بَلْ هو مُسَبِّبٌ لِلْقَتْلِ
وَإِنَّمَا الْقَاتِلُ هو الْمُكْرَهُ حَقِيقَةً ثُمَّ لَمَّا لم يَجِبْ الْقِصَاصُ عليه فَلَأَنْ لَا يَجِبَ على الْمُكْرَهِ أَوْلَى

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهِمَا الرَّحْمَةُ ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أن قال عَفَوْتُ عن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وما اُسْتُكْرِهُوا عليه وَعَفْوُ الشَّيْءِ عَفْوٌ عن مُوجَبِهِ فَكَانَ مُوجَبُ الْمُسْتَكْرَهِ عليه مَعْفُوًّا بِظَاهِرِ الحديث وَلِأَنَّ الْقَاتِلَ هو الْمُكْرِهُ من حَيْثُ الْمَعْنَى وَإِنَّمَا الْمَوْجُودُ من الْمُكْرَهِ صُورَةُ الْقَتْلِ فَأَشْبَهَ الْآلَةَ إذْ الْقَتْلُ مِمَّا يُمْكِنُ اكْتِسَابُهُ بِآلَةِ الْغَيْرِ كَإِتْلَافِ الْمَالِ ثُمَّ الْمُتْلِفُ هو الْمُكْرِهُ حتى كان الضَّمَانُ عليه فَكَذَا الْقَاتِلُ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إذَا أُكْرِهَ على قَطْعِ يَدِ نَفْسِهِ له أَنْ يَقْتَصَّ من الْمُكْرِهِ وَلَوْ كان هو الْقَاطِعُ حَقِيقَةً لَمَا اقْتَصَّ وَلِأَنَّ مَعْنَى الْحَيَاةِ أَمْرٌ لَا بُدَّ منه في بَابِ الْقِصَاصِ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَلَكُمْ في الْقِصَاصِ حَيَاةٌ } وَمَعْنَى الْحَيَاةِ شَرْعًا وَاسْتِيفَاءً لَا يَحْصُلُ بِشَرْعِ الْقِصَاصِ في حَقِّ الْمُكْرَهِ وَاسْتِيفَائِهِ منه على ما مَرَّ في مَسَائِلِ الْخِلَافِ لِذَلِكَ وَجَبَ على الْمُكْرِهِ دُونَ الْمُكْرَهِ

وَإِنْ كان الْإِكْرَاهُ نَاقِصًا وَجَبَ الْقِصَاصُ على الْمُكْرَهِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ النَّاقِصَ يَسْلُبُ الِاخْتِيَارَ أَصْلًا فَلَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الْقِصَاصِ

وَكَذَلِكَ لو كان الْمُكْرَهُ صَبِيًّا أو مَعْتُوهًا يَعْقِلُ ما أمره (((أمر))) بِهِ فَالْقِصَاصُ على الْمُكْرِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِمَا ذَكَرْنَا

وَلَوْ كان الصَّبِيُّ الْمُكْرَهُ يَعْقِلُ وهو مُطَاعٌ أو بَالِغٌ مُخْتَلِطُ الْعَقْلِ وهو مُسَلَّطٌ لَا قِصَاصَ عليه وَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ لِأَنَّ عَمْدَ الصَّبِيِّ خَطَأٌ

وَلَوْ قال الْمُكْرَهُ على قَتْلِهِ للمكره (((المكره))) اُقْتُلْنِي من غَيْرِ إكْرَاهٍ فَقَتَلَهُ لَا قِصَاصَ عليه عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ لِأَنَّهُ لو قَتَلَهُ من غَيْرِ إذْنٍ لَا يَجِبُ عليه فَهَذَا أَوْلَى وَعِنْدَ زُفَرَ يَجِبُ عليه الْقِصَاصُ

وَكَذَا لَا قِصَاصَ على الْمُكْرِهِ عِنْدَنَا

وفي وُجُوبِ الدِّيَةِ رِوَايَتَانِ وَمَوْضِعُ الْمَسْأَلَةِ كِتَابُ الدِّيَاتِ

وَمِنْ الْأَحْكَامِ التي تَتَعَلَّقُ بِالْإِكْرَاهِ على الْقَتْلِ أَنَّ الْمُكْرَهَ على قَتْلِ مُوَرِّثِهِ لَا يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَوْجُودَ من الْمُكْرَهِ صُورَةُ الْقَتْلِ لَا حَقِيقَتُهُ بَلْ هو في مَعْنَى الْآلَةِ فَكَانَ الْقَتْلُ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ وَلِأَنَّهُ قَتْلٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ وُجُوبُ الْقِصَاصِ وَلَا يوجوب (((وجوب))) الْكَفَّارَةِ فَلَا يُوجِبُ حِرْمَانَ الْمِيرَاثِ وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ وُجُوبُ الْقِصَاصِ وَأَمَّا الْمُكْرِهُ فَيُحْرَمُ الْمِيرَاثَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ لِوُجُوبِ الْقِصَاصِ عليه وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يُحْرَمُ لِانْعِدَامِ وُجُوبِ الْقِصَاصِ عليه وَالْكَفَّارَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

هذا إذَا كان الْمُكْرِهُ بَالِغًا فَإِنْ كان صَبِيًّا وهو وَارِثُ الْمَقْتُولِ لَا يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ لِأَنَّ من شَرْطِ كَوْنِ الْقَتْلِ جارما (((جازما))) أَنْ يَكُونَ حَرَامًا وَفِعْلُ الصَّبِيِّ لَا يُوصَفُ بِالْحُرْمَةِ وَلِهَذَا إذَا قَتَلَهُ بِيَدِ نَفْسِهِ لَا يُحْرَمُ فإذا قَتَلَهُ بِيَدِ غَيْرِهِ أَوْلَى

وَكَذَلِكَ الْمُكْرَهُ على قَطْعِ يَدِ إنْسَانٍ إذَا قَطَعَ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا في الْقَتْلِ غير أَنَّ صَاحِبَ الْيَدِ إذَا كان أَذِنَ لِلْمُكْرَهِ بِقَطْعِ يَدِهِ من غَيْرِ إكْرَاهٍ

فَقَطَعَ لَا ضَمَانَ على أَحَدٍ
وفي بَابِ الْقَتْلِ إذَا أَذِنَ لمكره (((المكره))) على قَتْلِهِ المكره (((للمكره))) بِالْقَتْلِ فَقَتَلَ فَهُوَ اخْتِلَافُ الرِّوَايَةِ في وُجُوبِ الدِّيَةِ على الْمُكْرَهِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَالْفَرْقُ أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسْلَكُ بها مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ في بَعْضِ الْأَحْوَالِ وَالْإِذْنُ بِإِتْلَافِ الْمَالِ الْمَحْضِ مُبِيحٌ فالأذن بِإِتْلَافِ مَالِهِ حُكْمُ الْمَالِ في الْجُمْلَةِ يُورِثُ شُبْهَةَ الْإِبَاحَةِ فَيَمْنَعُ وُجُوبَ الضَّمَانِ بِخِلَافِ النَّفْسِ يَدُلُّ على التَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إذَا قال له لَتَقْطَعَنَّ يَدَكَ وَإِلَّا لَأَقْتُلَنَّكَ كان في سِعَةٍ من ذلك وَلَا يَسَعُهُ ذلك في النَّفْسِ وَاَللَّهُ عز وجل (((وتعالى))) أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْمُكْرَهُ على الزِّنَا فَقَدْ كان أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يقول أَوَّلًا إذَا أُكْرِهَ الرَّجُلُ على الزِّنَا يَجِبُ عليه الْحَدُّ وهو الْقِيَاسُ لِأَنَّ الزِّنَا من الرَّجُلِ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِانْتِشَارِ الْآلَةِ وَالْإِكْرَاهُ لَا يُؤَثِّرُ فيه فَكَانَ طَائِعًا في الزِّنَا فَكَانَ عليه الْحَدُّ ثُمَّ رَجَعَ وقال إذَا كان الْإِكْرَاهُ من السُّلْطَانِ لَا يَجِبُ بِنَاءً على أَنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا من السُّلْطَانِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَتَحَقَّقُ من السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ فإذا جاء من غَيْرِ السُّلْطَانِ ما يَجِيءُ من السُّلْطَانِ لَا يَجِبُ
وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ ما ذَكَرْنَا من قَبْلُ أَنَّ الْمُكْرَهَ يَلْحَقُهُ الْغَوْثُ إذَا كان الْإِكْرَاهُ من غَيْرِ السُّلْطَانِ وَلَا يَجِدُ غَوْثًا إذَا كان الْإِكْرَاهُ منه
وَأَمَّا قَوْلُهُ إنَّ الزِّنَا لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِانْتِشَارِ الْآلَةِ فَنَعَمْ لَكِنْ ليس كُلُّ من تَنْتَشِرُ آلَتُهُ يَفْعَلُ فَكَانَ فِعْلُهُ بِنَاءً على إكْرَاهِهِ فَيَعْمَلُ فيه لِضَرُورَتِهِ مَدْفُوعًا إلَيْهِ خَوْفًا من الْقَتْلِ فَيَمْنَعُ وُجُوبَ الْحَدِّ وَلَكِنْ يَجِبُ الْعُقْرُ على الْمُكْرَهِ لِأَنَّ الزِّنَا في دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَخْلُو عن إحْدَى الْغَرَامَتَيْنِ وَإِنَّمَا وجب (((يجب))) الْعُقْرُ على الْمُكْرَهِ دُونَ الْمُكْرِهِ لِأَنَّ الزِّنَا مِمَّا لَا يُتَصَوَّرُ تَحْصِيلُهُ

بِآلَةِ غَيْرِهِ وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ ما لَا يُتَصَوَّرُ تَحْصِيلُهُ بِآلَةِ الْغَيْرِ فَضَمَانُهُ على الْمُكْرَهِ وما يُتَصَوَّرُ تَحْصِيلُهُ بِآلَةِ الْغَيْرِ فَضَمَانُهُ على الْمُكْرِهِ كَذَلِكَ الْمَرْأَةُ إذَا أُكْرِهَتْ عل الزِّنَا لَا حَدَّ عليها لِأَنَّهَا بِالْإِكْرَاهِ صَارَتْ مَحْمُولَةً على التَّمْكِينِ خَوْفًا من مَضَرَّةِ السَّيْفِ فَيُمْنَعُ وُجُوبُ الْحَدِّ عليها كما في جَانِبِ الرَّجُلِ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الْمَوْجُودَ منها ليس إلَّا التَّمْكِينُ ثُمَّ الْإِكْرَاهُ لَمَّا أَثَّرَ في جَانِبِ الرَّجُلِ فَلَأَنْ يُؤَثِّرَ في جَانِبِهَا أَوْلَى
هذا إذَا كان إكْرَاهُ الرَّجُلِ تَامًّا فَأَمَّا إذَا كان نَاقِصًا بِحَبْسٍ أو قَيْدٍ أو ضَرْبٍ لَا يُخَافُ منه التَّلَفُ يَجِبُ عليه الْحَدُّ لِمَا مَرَّ أَنَّ الْإِكْرَاهَ النَّاقِصَ لَا يَجْعَلُ الْمُكْرَهَ مَدْفُوعًا إلَى فِعْلِ ما أُكْرِهَ فَبَقِيَ مُخْتَارًا مُطْلَقًا فَيُؤَاخَذُ بِحُكْمِ فِعْلِهِ
وَأَمَّا في حَقِّ الْمَرْأَةِ فَلَا فَرْقَ بين الْإِكْرَاهِ التَّامِّ وَالنَّاقِصِ وَيُدْرَأُ الْحَدُّ عنها في نَوْعَيْ الْإِكْرَاهِ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منها فِعْلُ الزِّنَا بَلْ الْمَوْجُودُ هو التَّمْكِينُ وقد خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ دَلِيلَ الرِّضَا بِالْإِكْرَاهِ فَيُدْرَأُ عنها الْحَدُّ
هذا الذي ذَكَرْنَا إذَا كان الْمُكْرَهُ عليه مُعَيَّنًا فَأَمَّا إذَا كان مُخَيَّرًا فيه بِأَنْ أُكْرِهَ على أَحَدِ فِعْلَيْنِ من الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ أَمَّا الْحُكْمُ الذي يَرْجِعُ إلَى الْآخِرَةِ وهو ما ذَكَرْنَا من الْإِبَاحَةِ وَالرُّخْصَةِ وَالْحُرْمَةِ الْمُطْلَقَةِ فَلَا يَخْتَلِفُ التَّخْيِيرُ بين الْمُبَاحِ وَالْمُرَخَّصِ أَنَّهُ يَبْطُلُ حُكْمُ الرُّخْصَةِ أَعْنِي بِهِ أَنَّ

كُلَّ ما يُبَاحُ حَالَةَ التَّعْيِينِ يُبَاحُ حَالَةَ التَّخْيِيرِ وَكُلُّ ما لَا يُبَاحُ وَلَا يُرَخَّصُ حَالَةَ التَّعْيِينِ لَا يُبَاحُ وَلَا يُرَخَّصُ حَالَةَ التَّخْيِيرِ وَكُلُّ ما يُرَخَّصُ حَالَةَ التَّعْيِينِ يُرَخَّصُ حَالَةَ التَّخْيِيرِ إلَّا إذَا كان التَّخْيِيرُ بين الْمُبَاحِ وَبَيْنَ الْمُرَخَّصِ
وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ إذَا أُكْرِهَ على أَكْلِ مَيْتَةٍ أو قَتْلِ مُسْلِمٍ يُبَاحُ له الْأَكْلُ وَلَا يُرَخَّصُ له الْقَتْلُ
وَكَذَا إذَا أُكْرِهَ على أَكْلِ مَيْتَةٍ أو أَكْلِ ما لايباح وَلَا يُرَخَّصُ حَالَةَ التَّعْيِينِ من قَطْعِ الْيَدِ وَشَتْمِ الْمُسْلِمِ وَالزِّنَا
يُبَاحُ له الْأَكْلُ وَلَا يُبَاحُ شَيْءٌ من ذلك وَلَا يُرَخَّصُ كما في حَالَةِ التَّعْيِينِ
وَلَوْ امْتَنَعَ من الْأَكْلِ حتى قُتِلَ يَأْثَمُ كما في حَالَةِ التَّعْيِينِ وَلَوْ أُكْرِهَ على الْقَتْلِ وَالزِّنَا لَا يُرَخَّصُ له أَنْ يَفْعَلَ أَحَدَهُمَا
وَلَوْ امْتَنَعَ عنهما لَا يَأْثَمُ إذَا قُتِلَ بَلْ يُثَابُ كما في حَالَةِ التَّعْيِينِ
وَلَوْ أُكْرِهَ على الْقَتْلِ أو الْإِتْلَافِ لِمَالِ إنْسَانٍ رُخِّصَ له الْإِتْلَافُ وَلَوْ لم يَفْعَلْ أَحَدَهُمَا حتى قُتِلَ لَا يَأْثَمُ بَلْ يُثَابُ كما في حَالَةِ التَّعْيِينِ
وَكَذَا إذَا أُكْرِهَ على قَتْلِ إنْسَانٍ وَإِتْلَافِ مَالِ نَفْسِهِ يُرَخَّصُ له الْإِتْلَافُ دُونَ الْقَتْلِ كما في حَالَةِ التَّعْيِينِ
وَلَوْ امْتَنَعَ عنهما حتى قُتِلَ لَا يَأْثَمُ
وَكَذَا لو أُكْرِهَ على الْقَتْلِ أو الْكُفْرِ يُرَخَّصُ له أَنْ يُجْرِيَ كَلِمَةَ الْكُفْرِ إذَا كان قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ وَلَا يُرَخَّصُ له الْقَتْلُ
وَلَوْ امْتَنَعَ حتى قُتِلَ فَهُوَ مَأْجُورٌ كما في حَالَةِ التَّعْيِينِ
فَأَمَّا إذَا أُكْرِهَ على أَكْلِ مَيْتَةٍ أو الْكُفْرِ
لم يُذْكَرْ هذا الْفَصْلُ في الْكِتَابِ وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُرَخَّصَ له كَلِمَةُ الْكُفْرِ أَصْلًا كما لَا يُرَخَّصُ له الْقَتْلُ لِأَنَّ الرُّخْصَةَ في إجْرَاءِ الْكَلِمَةِ لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ وَيُمْكِنُهُ دَفْعُ الضَّرُورَةِ بِالْمُبَاحِ الْمُطْلَقِ وهو الْأَكْلُ فَكَانَ إجْرَاءُ الْكَلِمَةِ حَاصِلًا بِاخْتِيَارِهِ مُطْلَقًا فَلَا يُرَخَّصُ له وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْحُكْمُ الذي يَرْجِعُ إلَى الدُّنْيَا فَقَدْ يَخْتَلِفُ بِالتَّخْيِيرِ حتى إنه لو أُكْرِهَ على أَكْلِ الْمَيْتَةِ أو قَتْلِ الْمُسْلِمِ فلم يَأْكُلْ وَقَتَلَ يَجِبُ الْقِصَاصُ على الْمُكْرَهِ لِأَنَّهُ أَمْكَنَهُ دَفْعَ الضَّرُورَةِ بِتَنَاوُلِ الْمُبَاحِ فَكَانَ الْقَتْلُ حَاصِلًا بِاخْتِيَارِهِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ فَيُؤَاخَذُ بِالْقِصَاصِ
وَلَوْ أُكْرِهَ على الْقَتْلِ أو الْكُفْرِ فلم يَأْتِ بِالْكَلِمَةِ وَقَتَلَ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ على الْمُكْرَهِ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ في الْقَتْلِ حَيْثُ آثَرَ الْحَرَامَ الْمُطْلَقَ على الْمُرَخَّصِ فيه وفي الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عليه وَلَكِنْ تَجِبُ الدِّيَةُ في مَالِهِ إنْ لم يَكُنْ عَالِمًا أَنَّ لَفْظَ الْكُفْرِ مُرَخَّصٌ له منهم من اسْتَدَلَّ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ على أَنَّهُ لو كان عَالِمًا وَمَعَ ذلك تَرَكَهُ وَقَتَلَ يَجِبُ الْقِصَاصُ على الْمُكْرَهِ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهَا مَخْرَجَ الشَّرْطِ وَمِنْهُمْ من قال لَا يَجِبُ عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ ما ذُكِرَ في الْكِتَابِ أَنَّ أَمْرَ هذا الرَّجُلِ مَحْمُولٌ على أَنَّهُ ظَنَّ أَنَّ إجْرَاءَ كَلِمَةِ الْكُفْرِ على اللِّسَانِ أَعْظَمُ حُرْمَةً من الْقَتْلِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةَ الرُّخْصَةِ في الْقَتْلِ وَالْقِصَاصُ لَا يَجِبُ مع الشُّبُهَاتِ حتى لو كان عَالِمًا يَجِبُ الْقِصَاصُ عِنْدَ بَعْضِهِمْ لِانْعِدَام الظَّنِّ الْمُورِثِ لِلشُّبْهَةِ وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ لَا يَجِبُ لِأَنَّهُ وَإِنْ عَلِمَ بِالرُّخْصَةِ فَقَدْ اسْتَعْظَمَ حَرْفَ الْكُفْرِ بِالِامْتِنَاعِ عنه فَجُعِلَ اسْتِعْظَامُهُ شُبْهَةً دَارِئَةً لِلْقِصَاصِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ وَإِنَّمَا وجبت (((وجب))) الدِّيَةُ في مَالِهِ لَا على الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ عَمْدٌ وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا يَرْجِعُ على الْمُكْرَهِ لِأَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ بِاخْتِيَارِهِ فَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عليه
وَلَوْ أُكْرِهَ على الْقَتْلِ أو الزِّنَا فَزَنَا

الْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ عليه الْحَدُّ وفي الِاسْتِحْسَانِ يُدْرَأُ عنه لِمَا مَرَّ وَلَوْ قَتَلَ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ على الْمُكْرَهِ وَلَكِنَّهُ يُؤَدَّبُ بِالْحَبْسِ وَالتَّعْزِيرِ وَيُقْتَصُّ من الْمُكْرِهِ كما في حَالَةِ التَّعْيِينِ على ما مَرَّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
هذا كُلُّهُ إذَا كان الْإِكْرَاهُ على الْأَفْعَالِ

(7/181)

الْحِسِّيَّةِ فَأَمَّا إذَا كان على التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ
التَّصَرُّفَاتُ الشَّرْعِيَّةُ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ 2 إنْشَاءٌ وَإِقْرَارٌ
وَالْإِنْشَاءُ نَوْعَانِ نَوْعٌ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَنَوْعٌ يَحْتَمِلُهُ
أَمَّا الذي لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالرَّجْعَةُ وَالنِّكَاحُ وَالْيَمِينُ وَالنَّذْرُ والظاهر (((والظهار))) وَالْإِيلَاءُ وَالْفَيْءُ في الْإِيلَاءِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ
وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ جَائِزَةٌ مع الْإِكْرَاهِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَجُوزُ وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال عَفَوْت عن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وما اُسْتُكْرِهُوا عليه فَلَزِمَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُ كل ما اُسْتُكْرِهَ عليه عَفْوًا وَلِأَنَّ الْقَصْدَ إلَى ما وُضِعَ له التَّصَرُّفُ شَرْطُ جَوَازِهِ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَهَذَا الشَّرْطُ يَفُوتُ بِالْإِكْرَاهِ لِأَنَّ الْمُكْرَهَ لَا يَقْصِدُ بِالتَّصَرُّفِ ما وُضِعَ له وَإِنَّمَا يَقْصِدُ دَفْعَ مَضَرَّةِ السَّيْفِ عن نَفْسِهِ
وَلَنَا أَنَّ عُمُومَاتِ النُّصُوصِ وَإِطْلَاقَهَا يَقْتَضِي شَرْعِيَّةَ هذه التَّصَرُّفَاتِ من غَيْرِ تَخْصِيصٍ وَتَقْيِيدٍ
أَمَّا الطَّلَاقُ فَلِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ } وَقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ وَلِأَنَّ الْفَائِتَ بِالْإِكْرَاهِ ليس إلَّا الرِّضَا طَبْعًا وَأَنَّهُ ليس بِشَرْطٍ لِوُقُوعِ الطَّلَاقِ فإن طَلَاقَ الْهَازِلِ وَاقِعٌ وَلَيْسَ بِرَاضٍ بِهِ طَبْعًا
وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ قد يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ الْفَائِقَةَ حُسْنًا وَجَمَالًا الرَّائِقَةَ تَغَنُّجًا وَدَلَالًا لِخَلَلٍ في دِينِهَا وَإِنْ كان لَا يَرْضَى بِهِ طَبْعًا وَيَقَعُ الطَّلَاقُ عليها
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَقَدْ قِيلَ إنَّ الْمُرَادَ منه الْإِكْرَاهُ على الْكُفْرِ لِأَنَّ الْقَوْمَ كَانُوا حَدِيثِي الْعَهْدِ بِالْإِسْلَامِ وكان الْإِكْرَاهُ على الْكُفْرِ ظَاهِرًا يَوْمَئِذٍ وكان يَجْرِي على أَلْسِنَتِهِمْ كَلِمَاتُ الْكُفْرِ خَطَأً وَسَهْوًا فَعَفَا اللَّهُ جَلَّ جَلَالُهُ عن ذلك عن هذه الْأُمَّةِ على لِسَانِ رسول اللَّهِ مع ما أَنَّا نَقُولُ بِمُوجَبِ الحديث إن كُلَّ مُسْتَكْرَهٍ عليه مَعْفُوٌّ عن هذه الْأُمَّةِ لَكِنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ وَكُلَّ تَصَرُّفٍ قَوْلِيٍّ مُسْتَكْرَهٌ عليه وَهَذَا لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يَعْمَلُ على الْأَقْوَالِ كما يَعْمَلُ على الِاعْتِقَادَاتِ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَقْدِرُ على اسْتِعْمَالِ لِسَانِ غَيْرِهِ بِالْكَلَامِ على تَغْيِيرِ ما يَعْتَقِدُهُ بِقَلْبِهِ جَبْرًا فَكَانَ كُلُّ مُتَكَلِّمٍ مُخْتَارًا فِيمَا يَتَكَلَّمُ بِهِ فَلَا يَكُونُ مُسْتَكْرَهًا عليه حَقِيقَةً فَلَا يَتَنَاوَلُهُ الْحَدِيثُ
وَقَوْلُهُ الْقَصْدُ إلَى ما وُضِعَ له التَّصَرُّفُ بِشَرْطِ اعْتِبَارِ التَّصَرُّفِ
قُلْنَا هذا بَاطِلٌ بِطَلَاقِ الْهَازِلِ ثُمَّ إنْ كان شَرْطًا فَهُوَ مَوْجُودٌ هَهُنَا لِأَنَّهُ قَاصِدٌ دَفْعَ الْهَلَاكِ عن نَفْسِهِ وَلَا يَنْدَفِعُ عنه إلَّا بِالْقَصْدِ إلَى ما وُضِعَ له فَكَانَ قَاصِدًا إلَيْهِ ضَرُورَةً ثُمَّ لَا يَخْلُو إمَّا إن أُكْرِهَ على تَنْجِيزِ الطَّلَاقِ أو على تَعْلِيقِهِ بِشَرْطٍ أو على تَحْصِيلِ الشَّرْطِ الذي عُلِّقَ بِهِ قوع (((وقوع))) الطَّلَاقِ وَحُكْمُ

الْجَوَازِ لَا يَخْتَلِفُ في نَوْعَيْ التَّنْجِيزِ وَالتَّعْلِيقِ وَحُكْمُ الضَّمَانِ يَتَّفِقُ مَرَّةً وَيَخْتَلِفُ أُخْرَى
وَسَنَذْكُرُ تَفْصِيلَ هذه الْجُمْلَةِ في فَصْلِ الْإِكْرَاهِ على الْإِعْتَاقِ وَإِنَّمَا نَذْكُرُ ههنا حُكْمَ جَوَازِ التَّطْلِيقِ الْمُنَجَّزِ فَنَقُولُ إذَا جَازَ طَلَاقُ الْمُكْرَهِ فَإِنْ كان قبل الدُّخُولِ بها يَجِبُ عليه نِصْفُ الْمَفْرُوضِ إنْ كان الْمَهْرُ مَفْرُوضًا وَالْمُتْعَةُ إذَا لم يَكُنْ مَفْرُوضًا لِأَنَّ هذا حُكْمُ الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ وَيَرْجِعُ بِهِ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ هو الذي دَفَعَهُ إلَى مُبَاشَرَةِ سَبَبِهِ وهو الطَّلَاقُ فَكَانَ قَرَارُ الضَّمَانِ عليه
وإذا كان بَعْدَ الدُّخُولِ بها يَجِبُ عليه كَمَالُ الْمَهْرِ وَلَا سَبِيلَ له على الْمُكْرِهِ لِأَنَّ الْمَهْرَ يَتَأَكَّدُ بِاسْتِيفَاءِ مَنْفَعَةِ الْبُضْعِ على وَجْهٍ لَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ وهو الذي اسْتَوْفَى الْمُبْدَلَ بِاخْتِيَارِهِ فَعَلَيْهِ تَسْلِيمُ الْبَدَلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَكَذَلِكَ إذَا كان الْإِكْرَاهُ نَاقِصًا لَا سَبِيلَ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِاخْتِيَارِ الْمُكْرَهِ أَصْلًا على ما مَرَّ
هذا إذَا كان الْإِكْرَاهُ على الطَّلَاقِ فَأَمَّا إذَا كان الْإِكْرَاهُ على التَّوْكِيلِ بِالطَّلَاقِ فَفَعَلَهُ الْوَكِيلُ فَحُكْمُهُ يُذْكَرُ في فَصْلِ الْإِكْرَاهِ على الْإِعْتَاقِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا الْعَتَاقُ فَلِمَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا جاء إلَى النبي وقال عَلِّمْنِي عَمَلًا يُدْخِلُنِي الْجَنَّةَ فقال أعتق النَّسَمَةَ وَفُكَّ الرَّقَبَةَ
فقال أو ليسا وَاحِدًا فقال لَا
عِتْقُ النَّسَمَةِ أَنْ تَفَرَّدَ بِعِتْقِهَا وَفَكُّ الرَّقَبَةِ أَنْ تُعِينَ في عِتْقِهَا وَغَيْرُهُ من الْأَحَادِيثِ التي فيها النَّدْبُ إلَى الْإِعْتَاقِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْمُكْرَهِ وَالطَّائِعِ
وَلِأَنَّ الْإِعْتَاقَ تَصَرُّفٌ قَوْلِيٌّ فَلَا يُؤَثِّرُ فيه الْإِكْرَاهُ كَالطَّلَاقِ ثُمَّ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ كان على تَنْجِيزِ الْعِتْقِ أو على تعليقه بِشَرْطٍ أو على شَرْطِ الْعِتْقِ الْمُعَلَّقِ بِهِ
أَمَّا إذَا كان الْإِكْرَاهُ على تَنْجِيزِ الْعِتْقِ فَأَعْتَقَ يَضْمَنُ الْمُكْرِهُ قِيمَةَ الْعَبْدِ مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا وَلَا يَرْجِعُ الْمُكْرَهُ على الْعَبْدِ بِالضَّمَانِ وَلَا سِعَايَةَ على الْعَبْدِ وَالْوَلَاءُ لِمَوْلَاهُ
أَمَّا وُجُوبُ الضَّمَانِ على الْمُكْرِهِ فَلِأَنَّ الْعَبْدَ آدَمِيٌّ هو مَالٌ وَالْإِعْتَاقُ إتْلَافُ الْمَالِيَّةِ وَالْأَمْوَالُ مَضْمُونَةٌ على الْمُكْرِهِ بِالْإِتْلَافِ فَكَانَ الضَّمَانُ على الْمُكْرِهِ كما في سَائِرِ الْأَمْوَالِ وَيَسْتَوِي فيه يَسَارُهُ وَإِعْسَارُهُ

لِأَنَّ ضَمَانَ الْإِتْلَافِ لَا يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ وَلَا يَرْجِعُ على الْعَبْدِ بِالضَّمَانِ لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ الضَّمَانِ منه بِاخْتِيَارِهِ فَلَا مَعْنَى لِلرُّجُوعِ إلَى غَيْرِهِ وَالْوَلَاءُ لِلْمُكْرِهِ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ من حَيْثُ هو كَلَامٌ مُضَافٌ إلَى الْمُكْرِهِ لِاسْتِحَالَةِ وُرُودِ الْإِكْرَاهِ على الْأَقْوَالِ فَكَانَ الْوَلَاءُ له وَلَا سِعَايَةَ على الْعَبْدِ لِأَنَّ الْعَبْدَ إنَّمَا يُسْتَسْعَى إمَّا لِتَخْرِيجِهِ إلَى الْعِتْقِ تَكْمِيلًا له واما لِتَعْلِيقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِهِ وقد عَتَقَ كُلُّهُ فَلَا حَاجَةَ إلَى التَّكْمِيلِ وَكَذَا لَا حَقَّ لِأَحَدٍ تَعَلَّقَ بِهِ فَلَا سِعَايَةَ عليه وَلَوْ أَكْرَهَ على شِرَاءِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه عَتَقَ عليه لِأَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ إعْتَاقٌ بِالنَّصِّ وَالْإِكْرَاهُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْإِعْتَاقِ لَكِنْ لَا يَرْجِعُ الْمُكْرَهُ هَهُنَا بِقِيمَةِ الْعَبْدِ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ حَصَلَ له عِوَضٌ وهو صِلَةُ الرَّحِمِ
وَلَوْ كان الْعَبْدُ مُشْتَرَكًا بين اثْنَيْنِ فَأَكْرَهَ أَحَدُهُمَا على إعْتَاقِهِ فَأَعْتَقَهُ جَازَ عِتْقُهُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْإِعْتَاقِ لَكِنْ يُعْتَقُ نِصْفُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ

رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا يُعْتَقُ كُلُّهُ بِنَاءً على أَنَّ الْإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ وَلَا يَضْمَنُ الشَّرِيكُ الْمُكْرَهُ لِلشَّرِيكِ الْآخَرِ نَصِيبَهُ وَلَكِنْ يَضْمَنُ الْمُكْرِهُ نَصِيبَ الْمُكْرَهِ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ من حَيْثُ هو إتْلَافُ الْمَالِ مُضَافٌ إلَى الْمُكْرِهِ فَكَانَ الْمُتْلِفُ من حَيْثُ الْمَعْنَى هو الْمُكْرِهُ فَكَانَ الضَّمَانُ عليه سَوَاءٌ كان مُوسِرًا أو مُعْسِرًا وَهَذَا بِخِلَافِ حَالَةِ الِاخْتِيَارِ إذَا أَعْتَقَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّهُ لايضمن لِشَرِيكِهِ السَّاكِتِ إذَا كان الْمُعْتِقُ مُعْسِرًا وَهَهُنَا يَضْمَنُ مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا لِأَنَّ الضَّمَانَ الْوَاجِبَ على الْمُكْرِهِ ضَمَانُ إتْلَافٍ على ما مَرَّ وَالْأَصْلُ أَنَّ ضَمَانَ الْإِتْلَافِ لَا يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ فَالْوَاجِبُ على أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ ليس بِضَمَانِ إتْلَافٍ لِانْعِدَامِ الْإِتْلَافِ منه في نَصِيبِ شَرِيكِهِ أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ لَا يَعْتِقُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَأَمَّا على أَصْلِهِمَا فَإِنْ عَتَقَ لَكِنْ لَا بِإِعْتَاقِهِ لِأَنَّ إعْتَاقَهُ تَصَرُّفٌ في مِلْكِ نَفْسِهِ إلَّا أَنَّهُ عَتَقَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ عِنْدَ تَصَرُّفِهِ لَا بِتَصَرُّفِهِ فَلَا يَكُونُ مُضَافًا إلَيْهِ كَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا في دَارِ نَفْسِهِ فَوَقَعَ فيها غَيْرُهُ أو سَقَى أَرْضَ نَفْسِهِ فَفَسَدَتْ أَرْضُ غَيْرِهِ حتى لَا يَجِبَ عليه الضَّمَانُ إلَّا أَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ على أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ عُرِفَ شَرْعًا وَالشَّرْعُ وَرَدَ بِهِ على الْمُوسِرِ فَيُقْتَصَرُ على مَوْرِدِ الشَّرْعِ وَشَرِيكُ الْمُكْرَهِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَإِنْ شَاءَ دَبَّرَهُ وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَهُ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَاهُ مُعْسِرًا كان الْمُكْرَهُ أو مُوسِرًا وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُكْرِهَ إنْ كان مُوسِرًا فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْمُكْرِهِ فَالْوَلَاءُ بين الْمُكْرِهِ وَالْمُكْرَهِ لِأَنَّهُ انْتَقَلَ نَصِيبُهُ إلَيْهِ بِاخْتِيَارِ طَرِيقِ الضَّمَانِ وَإِنْ اخْتَارَ الْإِعْتَاقَ أو السِّعَايَةَ فَالْوَلَاءُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا إنْ كان الْمُكْرَهُ مُوسِرًا فَلِشَرِيكِ الْمُكْرَهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ لَا غَيْرُ وَإِنْ كان مُعْسِرًا فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَ الْعَبْدَ لَا غَيْرُ كما في حَالَةِ الِاخْتِيَارِ

وَمَوْضِعُ الْمَسْأَلَةِ في كِتَابِ الْعَتَاقِ وَإِنَّمَا ذَكَرْنَا بَعْضَ ما يَخْتَصُّ بِالْإِكْرَاهِ وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ

وَأَمَّا التَّدْبِيرُ فَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ تَحْرِيرٌ قال النبي الْمُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وهو حُرٌّ من الثُّلُثِ إلَّا أَنَّهُ لِلْحَالِ تَحْرِيرٌ من وَجْهٍ وَالْإِكْرَاهُ لَا يَمْنَعُ نَفَاذَ التَّحْرِيرِ من كل وَجْهٍ فَلَا يَمْنَعُ نَفَاذَ التَّحْرِيرِ من وَجْهٍ بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى وَيَرْجِعُ الْمُكْرَهُ على الْمُكْرِهِ لِلْحَالِ بِمَا نَقَصَهُ التَّدْبِيرُ وَبَعْدَ مَوْتِهِ يَرْجِعُ وَرَثَتُهُ على الْمُكْرِهِ بِبَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لِلْحَالِ إثْبَاتُ الْحُرِّيَّةِ من وَجْهٍ وَإِنَّمَا تَثْبُتُ الْحُرِّيَّةُ من كل وَجْهٍ في آخِرِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فَكَانَ الْإِكْرَاهُ على التَّدْبِيرِ إتْلَافًا لِمَالِ الْمُكْرِهِ لِلْحَالِ من وَجْهٍ فَيَضْمَنُ بِقَدْرِهِ من النُّقْصَانِ ثُمَّ يَتَكَامَلُ الْإِتْلَافُ في آخِرِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فَيَتَكَامَلُ الضَّمَانُ عِنْدَ ذلك

وَذَلِكَ بَقِيَّةُ قِيمَتِهِ فإذا مَاتَ الْمُكْرَهُ صَارَ ذلك مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ فَكَانَ لهم أَنْ يَرْجِعُوا بِهِ على الْمُكْرِهِ وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ

هذا إذَا أُكْرِهَ على تَنْجِيزِ الْعِتْقِ فَأَمَّا إذَا أُكْرِهَ على تَعْلِيقِ الْعِتْقِ بِشَرْطٍ

أَمَّا حُكْمُ الْجَوَازِ فَلَا يَخْتَلِفُ في النَّوْعَيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا وَأَمَّا حُكْمُ الضَّمَانِ فَقَدْ يَخْتَلِفُ

بَيَانُ ذلك إذَا أُكْرِهَ على تَعْلِيقِ الْعِتْقِ بِفِعْلِ نَفْسِهِ فإنه يُنْظَرُ فَإِنْ كان فِعْلًا لَا بُدَّ منه بِأَنْ كان مَفْرُوضًا عليه أو يَخَافُ من تَرْكِهِ الْهَلَاكَ على نَفْسِهِ كَالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ فَفَعَلَهُ حتى عَتَقَ يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ على تَعْلِيقِ الْعِتْقِ بِفِعْلٍ لَا بُدَّ له منه إكْرَاهٌ على ذلك الْفِعْلِ فَكَانَ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ وَإِنْ كان فِعْلًا له منه بُدٌّ كَتَقَاضِي دَيْنِ الْغَرِيمِ أو تَنَاوُلِ شَيْءٍ له منه بُدٌّ فَفَعَلَ حتى عَتَقَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ إذَا كان له منه بُدٌّ لَا يَكُونُ مُضْطَرًّا إلَى تَحْصِيلِهِ إذْ لَا يَلْحَقُهُ بِتَرْكِهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ فَأَشْبَهَ الْإِكْرَاهَ النَّاقِصَ فَلَا

الْعِتْقِ به إكْرَاهًا عليه فَلَا يَكُونُ تَلَفُ الْمَالِ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ فَلَا يَرْجِعُ عليه بِالضَّمَانِ
وَلَوْ أُكْرِهَ على أَنْ يَقُولَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُهُ فَهُوَ حُرٌّ فقال ذلك ثُمَّ مَلَكَ مَمْلُوكًا حتى عَتَقَ عليه فَإِنْ مَلَكَ بِشِرَاءٍ أو هِبَةٍ أو صَدَقَةٍ أو وَصِيَّةٍ لَا ضَمَانَ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ إنَّمَا مَلَكَهُ بِاخْتِيَارِهِ فَيَقْطَعُ إضَافَةَ إكْرَاهِ الْإِتْلَافِ إلَى الْمُكْرِهِ وَإِنْ مَلَكَ بِإِرْثٍ فَكَذَلِكَ في الْقِيَاسِ
وفي الِاسْتِحْسَانِ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ لِلْمُكْرَهِ في الْإِرْثِ فَبَقِيَ الْإِتْلَافُ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ
وَلَوْ أُكْرِهَ على أَنْ يَقُولَ لِعَبْدِهِ إنْ شِئْت فَأَنْتَ حُرٌّ فقال شِئْت حتى عَتَقَ ضَمِنَ الْمُكْرِهُ لِأَنَّ مَشِيئَةَ المكره (((العبد))) الْعِتْقَ تُوجَدُ غَالِبًا فَأَشْبَهَ التَّعْلِيقُ بِفِعْلٍ لَا بُدَّ منه فَكَانَ الْإِكْرَاهُ على الْإِعْتَاقِ إكْرَاهًا عليه
هذا إذَا أُكْرِهَ على تَعْلِيقِ الْعِتْقِ بِالشَّرْطِ فَأَمَّا إذَا أُكْرِهَ على تَحْصِيلِ الشَّرْطِ الذي عُلِّقَ بِهِ الْعِتْقُ عن طَوْعٍ بِأَنْ قال رَجُلٌ لِعَبْدٍ إنْ مَلَكْتُك فَأَنْتَ حُرٌّ فَأُكْرِهَ على الشِّرَاءِ فَاشْتَرَاهُ حتى عَتَقَ لَا يَرْجِعُ على الْمُكْرِهِ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الْعِتْقَ لم يَثْبُتْ بِالشَّرْطِ وهو الشِّرَاءُ وَإِنَّمَا ثَبَتَ بِالْكَلَامِ السَّابِقِ وهو طَائِعٌ فيه
وَكَذَا إذَا قال لِعَبْدِهِ إنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَأُكْرِهَ على الدُّخُولِ حتى عَتَقَ لَا ضَمَانَ على الْمُكْرِهِ لِمَا ذَكَرْنَا ثُمَّ إنَّمَا يَضْمَنُ الْمُكْرَهُ في جَمِيعِ ما وَصَفْنَا إذَا كان الْإِكْرَاهُ تَامًّا فَأَمَّا إذَا كان نَاقِصًا فَلَا ضَمَانَ لِمَا مَرَّ أَنَّ الْإِكْرَاهَ النَّاقِصَ لَا يَقْطَعُ الْإِضَافَةَ عن الْمُكْرَهِ بِوَجْهٍ فَلَا يُوجِبُ الضَّمَانَ على الْمُكْرِهِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
هذا الذي ذَكَرْنَا إذَا أُكْرِهَ على الْإِعْتَاقِ الْمُطْلَقِ عَيْنًا فَأَمَّا إذَا أُكْرِهَ على أَحَدِهِمَا غَيْرِ عَيْنٍ بِأَنْ أُكْرِهَ على أَنْ يُعْتِقَ عَبْدَهُ أو يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ فَإِنْ لم تَكُنْ الْمَرْأَةُ مَدْخُولًا بها فَفَعَلَ الْمُكْرَهُ أَحَدَهُمَا غَرِمَ الْمُكْرِهُ الْأَقَلَّ من قِيمَةِ الْعَبْدِ وَمِنْ نِصْفِ مَهْرِ الْمَرْأَةِ
أَمَّا إذَا فَعَلَ أَقَلَّهُمَا ضَمَانًا فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ ما أَتْلَفَ عليه إلَّا هذا الْقَدْرَ
وَكَذَلِكَ إذَا فَعَلَ أَكْثَرَهُمَا ضَمَانًا لِأَنَّهُ أَمْكَنَهُ دَفْعَ الضَّرُورَةِ بِأَقَلِّ الْفِعْلَيْنِ ضَمَانًا فإذا فَعَلَ أَكْثَرَهُمَا ضَمَانًا كان مُخْتَارًا في الزِّيَادَةِ لِانْعِدَامِ الِاضْطِرَارِ في هذا الْقَدْرِ فَلَا يَكُونُ تَلَفُ هذا الْقَدْرِ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ
وَإِنْ كانت الْمَرْأَةُ مَدْخُولًا بها فَفَعَلَ الْمُكْرَهُ أَحَدَهُمَا لَا شَيْءَ على الْمُكْرِهِ أَمَّا إذَا طَلَّقَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الطَّلَاقَ بَعْدَ الدُّخُولِ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ على الْمُكْرِهِ لِمَا ذَكَرْنَا من قَبْلُ
وَكَذَلِكَ إذَا أَعْتَقَ لِأَنَّهُ أَمْكَنَهُ دَفْعُ الضَّرُورَةِ بِمَا لَا يَتَعَلَّقُ فيه ضَمَانٌ أَصْلًا وهو الطَّلَاقُ فَكَانَ مُخْتَارًا في الْإِعْتَاقِ فَلَا يَكُونُ الْإِتْلَافُ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ فَلَا يَضْمَنُ
وَكَذَلِكَ إذَا كانت الْمَرْأَةُ غير مَدْخُولٍ بها وَلَكِنَّ الْإِكْرَاهَ نَاقِصٌ فَفَعَلَ الْمُكْرَهُ أَحَدَهُمَا لَا ضَمَانَ على الْمُكْرِهِ لِمَا مَرَّ أَنَّ الْإِكْرَاهَ النَّاقِصَ لَا يَقْطَعُ إضَافَةَ الْفِعْلِ إلَى الْمُكْرِهِ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ لَا تَتَحَقَّقُ بِهِ فَكَانَ مُخْتَارًا مُطْلَقًا فيه فَلَا

يُؤَاخَذُ بِهِ الْمُكْرِهُ
هذا إذَا أُكْرِهَ علي الْإِعْتَاقِ فَأَمَّا إذَا أُكْرِهَ على التَّوْكِيلِ بِالْإِعْتَاقِ فَوَكَّلَ غَيْرَهُ بِهِ فَفَعَلَ الْوَكِيلُ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِحَّ التَّوْكِيلُ وَلَا يَجُوزُ إعْتَاقُ الْوَكِيلِ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ
وَلِهَذَا يُبْطِلُهُ الْهَزْلُ كَالْبَيْعِ فَلَا يَصِحُّ مع الْإِكْرَاهِ كما لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ
وفي الِاسْتِحْسَانِ يَجُوزُ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِعْتَاقِ فَلَا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّوْكِيلِ بِالْإِعْتَاقِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإن الْإِكْرَاهَ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْبَيْعِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ التَّوْكِيلِ بِهِ
وَأَمَّا قَوْلُهُ أنه يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَالْهَزْلَ فَنَعَمْ لَكِنَّهُ تَصَرُّفٌ قَوْلِيٌّ فَلَا يَعْمَلُ عليه الْإِكْرَاهُ كما لَا يَعْمَلُ علي الْإِعْتَاقِ وَالطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ وغيرها (((وغيرهما))) بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإنه اسْمٌ لِلْمُبَادَلَةِ حَقِيقَةً
وَحَقِيقَةُ الْمُبَادَلَةِ بِالتَّعَاطِي وَإِنَّمَا الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ دَلِيلٌ عليه حَالَةَ الطَّوْعِ فَيَعْمَلُ عليه الْإِكْرَاهُ علي ما نذكر (((نذكره))) في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وإذا نَفَذَ إعْتَاقُ الْوَكِيلِ يَرْجِعُ الْمُكْرَهُ على الْمُكْرِهِ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ
اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَرْجِعَ لِأَنَّ الْمَوْجُودَ من الْمُكْرِهِ الْإِكْرَاهُ على التَّوْكِيلِ بِالْإِعْتَاقِ لَا علي الْإِعْتَاقِ وَإِنَّمَا الْإِعْتَاقُ حَصَلَ بِاخْتِيَارِ الْوَكِيلِ وَرِضَاهُ فَلَا يَكُونُ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ كَشُهُودِ التَّوْكِيلِ بِالْإِعْتَاقِ إذَا رَجَعُوا لَا يَضْمَنُونَ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِالْوَكَالَةِ بِالْإِعْتَاقِ
كَذَا هَهُنَا
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِكْرَاهَ على التَّوْكِيلِ بِالْإِعْتَاقِ إكْرَاهٌ على الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ إذَا وَكَّلَ بِالْإِعْتَاقِ مَلَكَ الْوَكِيلُ إعْتَاقَهُ عَقِيبَ التَّوْكِيلِ بِلَا فَصْلٍ فَيَعْتِقُهُ فَيَتْلَفُ مَالُهُ فَكَانَ الْإِتْلَافُ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ فَيُؤَاخَذُ بِضَمَانِهِ وَلَا ضَمَانَ على الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ فَعَلَ بِأَمْرِهِ أَمْرًا صَحِيحًا وَإِنْ كان الْإِكْرَاهُ نَاقِصًا فَلَا ضَمَانَ على الْمُكْرِهِ لِمَا مَرَّ غير مَرَّةٍ
وَأَمَّا النِّكَاحُ فَلِعُمُومِ قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ } وَغَيْرِهِ من عُمُومَاتِ النِّكَاحِ من غَيْرِ تَخْصِيصٍ وَلِأَنَّ النِّكَاحَ تَصَرُّفٌ قَوْلِيٌّ فَلَا يُؤَثِّرُ فيه الْإِكْرَاهُ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ ثُمَّ إذَا جَازَ النِّكَاحُ مع الْإِكْرَاهِ فَلَا يَخْلُو إمَّا إن أُكْرِهَ الزَّوْجُ أو الْمَرْأَةُ فَإِنْ أُكْرِهَ الزَّوْجُ

فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسَمَّى في النِّكَاحِ مِقْدَارَ مَهْرِ الْمِثْلِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَقَلَّ من مَهْرِ الْمِثْلِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أكثر منه فَإِنْ كان الْمُسَمَّى قَدْرَ مَهْرِ الْمِثْلِ أو أَقَلَّ منه يَجِبُ الْمُسَمَّى وَلَا يَرْجِعُ بِهِ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ ما أَتْلَفَ عليه مَالَهُ حَيْثُ عَوَّضَهُ بمثله لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ جُعِلَتْ أَمْوَالًا مُتَقَوِّمَةً شَرْعًا عِنْدَ دُخُولِهَا في مِلْكِ الزَّوْجِ لِكَوْنِهَا سَبَبًا لِحُصُولِ الْآدَمِيِّ تَعْظِيمًا لِلْآدَمِيِّ وَصِيَانَةً له عن الِابْتِذَالِ وإذا لم يُوجَدْ الْإِتْلَافُ فَلَا يَجِبُ عليه الضَّمَانُ وَإِنْ كان الْمُسَمَّى أَكْثَرَ من مَهْرِ الْمِثْلِ يَجِبُ قَدْرُ مَهْرِ الْمِثْلِ وَتَبْطُلُ الزِّيَادَةُ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الزِّيَادَةِ على قَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ لم تَصِحَّ مع الْإِكْرَاهِ فَبَطَلَتْ وَجُعِلَ كَأَنَّهُ لم يُفْرَضْ إلَّا قَدْرُ مَهْرِ الْمِثْلِ وَهَذَا لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ وَقَعَ على النِّكَاحِ وَعَلَى إيجَابِ الْمَالِ إلَّا أَنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يُؤَثِّرُ في النِّكَاحِ وَيُؤَثِّرُ في إيجَابِ الْمَالِ كما يُؤَثِّرُ في الْإِقْرَارِ بِالْمَالِ فَكَانَ

يَنْبَغِي أَنْ لَا تَصِحَّ تَسْمِيَةُ الْمَهْرِ أَصْلًا إلَّا أنها صَحَّتْ في قَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ شَرْعًا لِأَنَّ الشَّرْعَ لو أَبْطَلَ هذا الْقَدْرَ لَأَثْبَتَهُ ثَانِيًا فلم يَكُنْ الْإِبْطَالُ مُفِيدًا فلم يَبْطُلْ لِئَلَّا يَخْرُجَ الْإِبْطَالُ مَخْرَجَ الْعَيْبِ وَلَا ضَرُورَةَ في الزِّيَادَةِ فَلَا تَصِحُّ تَسْمِيَتُهَا
هذا إذَا أُكْرِهَ الزَّوْجُ على النِّكَاحِ فَأَمَّا إذَا أُكْرِهَتْ الْمَرْأَةُ فَإِنْ كان الْمُسَمَّى في النِّكَاحِ قَدْرَ مَهْرِ الْمِثْلِ أو أَكْثَرَ منه جَازَ النِّكَاحُ وَلَزِمَ وَإِنْ كان الْمُسَمَّى أَقَلَّ من مَهْرِ الْمِثْلِ بِأَنْ أُكْرِهَتْ على النِّكَاحِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَمَهْرُ مِثْلِهَا عَشَرَةُ آلَافٍ فَزَوَّجَهَا أَوْلِيَاؤُهَا وَهُمْ مُكْرَهُونَ جَازَ النِّكَاحُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَيْسَ لِلْمَرْأَةِ على الْمُكْرِهِ من مَهْرِ مِثْلِهَا شَيْءٌ لِأَنَّ الْمُكْرِهَ ما أَتْلَفَ عليها مَالًا لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ بِأَنْفُسِهَا وَإِنَّمَا تَصِيرُ مُتَقَوِّمَةً بِالْعَقْدِ وَالْعَقْدُ قَوَّمَهَا بِالْقَدْرِ الْمُسَمَّى فلم يُوجَدْ من الْمُكْرِهِ إتْلَافُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ عليها فَلَا يَجِبُ عليه الضَّمَانُ وَلَا يَجِبُ على الشُّهُودِ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَمَّا لم يَجِبْ على الْمُكْرِهِ فَلَأَنْ لَا يَجِبَ على الشُّهُودِ أَوْلَى ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان الزَّوْجُ كفءا فقال لِلزَّوْجِ إنْ شِئْت فَكَمِّلْ لها مَهْرَ مِثْلِهَا وَإِلَّا فَنُفَرِّقُ بَيْنَكُمَا فَإِنْ فَعَلَ لَزِمَ النِّكَاحُ وَإِنْ أَبَى تَكْمِيلَ مَهْرِ الْمِثْلِ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا إنْ لم تَرْضَ بِالنُّقْصَانِ
لِأَنَّ لها في كَمَالِ مَهْرِ مِثْلِهَا حَقًّا لِأَنَّهَا تُعَيَّرُ بِنُقْصَانِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَيَلْحَقُهَا ضَرَرُ الْعَارِ
وإذا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا قبل الدُّخُولِ بها لَا شَيْءَ على الزَّوْجِ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ من قِبَلِهَا قبل الدُّخُولِ بها
وَلَوْ رَضِيَتْ بِالنُّقْصَانِ صَرِيحًا أو دَلَالَةً بِأَنْ دخل بها عن طَوْعٍ منها فَلَهَا الْمُسَمَّى وَبَطَلَ حَقُّهَا في التَّفْرِيقِ لَكِنْ بَقِيَ حَقُّ الْأَوْلِيَاءِ فيه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلَهُمْ أَنْ يُفَرِّقُوا وَعِنْدَهُمَا ليس للأَلياء (((للأولياء))) حَقُّ التَّفْرِيقِ لِنُقْصَانِ الْمَهْرِ على ما عُرِفَ في كِتَابِ النِّكَاحِ
وَلَوْ دخل بها على كُرْهٍ منها لَزِمَهُ تَكْمِيلُ مَهْرِ الْمِثْلِ لِأَنَّ ذلك دَلَالَةُ اخْتِيَارِ التَّكْمِيلِ وَإِنْ لم يَكُنْ الزَّوْجُ كفءا فَلِلْمَرْأَةِ خِيَارُ التَّفْرِيقِ لِانْعِدَامِ الْكَفَاءَةِ وَنُقْصَانِ مَهْرِ الْمِثْلِ أَيْضًا وَكَذَا الْأَوْلِيَاءُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا لهم خِيَارُ عَدَمِ الْكَفَاءَةِ
أما لَا خِيَارَ لهم لِنُقْصَانِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَإِنْ سَقَطَ أَحَدُ الْخِيَارَيْنِ عنها يَبْقَى لها حَقُّ التَّفْرِيقِ لِبَقَاءِ الْخِيَارِ الْآخَرِ وَإِنْ سَقَطَ الْخِيَارَانِ جميعا فَلِلْأَوْلِيَاءِ خِيَارُ عَدَمِ الْكَفَاءَةِ بِالْإِجْمَاعِ
وفي خِيَارِ نُقْصَانِ الْمَهْرِ خِلَافٌ على ما عُرِفَ حتى أَنَّ الزَّوْجَ إذَا دخل بها قبل التَّفْرِيقِ على كُرْهٍ منها حتى لَزِمَهُ التَّكْمِيلُ بَطَلَ خِيَارُ النُّقْصَانِ وَبَقِيَ لها عَدَمُ خِيَارِ الْكَفَاءَةِ وَلَوْ رَضِيَتْ بِعَدَمِ الْكَفَاءَةِ أَيْضًا صَرِيحًا وَدَلَالَةً بِأَنْ دخل بها الزَّوْجُ على طَوْعٍ منها سَقَطَ الْخِيَارَانِ جميعا وَبَطَلَ حَقُّهَا في التَّفْرِيقِ أَصْلًا
لَكِنْ لِلْأَوْلِيَاءِ الْخِيَارَانِ جميعا
وَعِنْدَهُمَا أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ
وَلَوْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا قبل الدُّخُولِ بها لَا شَيْءَ على الزَّوْجِ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ ما جَاءَتْ من قِبَلِهِ بَلْ من قِبَلِ غَيْرِهِ فَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ
وَأَمَّا الرَّجْعَةُ فَلِعُمُومِ قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ } عَامًّا من غَيْرِ تَخْصِيصٍ وَلِأَنَّ الرَّجْعَةَ لَا تَخْلُو من أَنْ تَكُونَ بِالْقَوْلِ أو بِالْفِعْلِ وهو الْوَطْءُ وَاللَّمْسُ عن شَهْوَةٍ وَالنَّظَرُ إلَى الْفَرْجِ عن شَهْوَةٍ وَالْإِكْرَاهُ لَا يَعْمَلُ على النَّوْعَيْنِ فَلَا يَمْنَعُ جَوَازَهَا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْيَمِينُ وَالنَّذْرُ بِأَنْ أُكْرِهَ على أَنْ يُوجِبَ على نَفْسِهِ صَدَقَةً أو حَجًّا أو شيئا من وُجُوهِ الْقُرَبِ وَالظِّهَارِ وَالْإِيلَاءِ وَالْفَيْءِ في الْإِيلَاءِ فَلِعُمُومَاتِ النُّصُوصِ

الْوَارِدَةِ في هذه الْأَبْوَابِ من غَيْرِ تَخْصِيصِ الطَّبَائِعِ
قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { لَا يُؤَاخِذُكُمْ اللَّهُ بِاللَّغْوِ في أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمْ الْأَيْمَانَ } وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ } وقال جَلَّ شَأْنُهُ { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } أَيْ بِالْعُهُودِ وَلِأَنَّ النَّذْرَ يَمِينٌ وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ على لِسَانِ رسول اللَّهِ
وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ من نِسَائِهِمْ }
وقال جَلَّتْ عَظَمَتُهُ وَكِبْرِيَاؤُهُ { لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ من نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فاؤوا (((فاءوا))) فإن اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فإن اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ } وَلِأَنَّ هذه تَصَرُّفَاتٌ قَوْلِيَّةٌ وقد مَرَّ أَنَّ الْإِكْرَاهَ

(7/185)

لَا يَعْمَلُ على الْأَقْوَالِ وَالْفَيْءُ في الْإِيلَاءِ في حَقِّ الْقَادِرِ بِالْجِمَاعِ وفي حَقِّ الْعَاجِزِ بِالْقَوْلِ
وَالْإِكْرَاهُ لَا يُؤَثِّرُ في النَّوْعَيْنِ جميعا فَكَانَ طَائِعًا في الْفَيْءِ فَتَلْزَمُهُ الْكَفَّارَةُ وَلَا تَلْزَمُهُ في هذه التَّصَرُّفَاتِ من الْكَفَّارَةِ وَالْقُرْبَةِ الْمَنْذُورِ بها على لسان الْمُكْرَهِ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ وَجَبَتْ على الْمُكْرَهِ على سَبِيلِ التوسيع (((التوسع)))
وَكَذَا الْمَنْذُورُ بِهِ لِأَنَّ الْأَمْرَ بها مُطْلَقٌ عن الْوَقْتِ وَهُمَا مِمَّا لَا يُجْبَرُ على فِعْلِهِمَا أَيْضًا فَلَوْ وَجَبَ على الْمُكْرِهِ لَكَانَ لَا يَخْلُو من أَنْ يَجِبَ عليه على الْوَجْهِ الذي وَجَبَ على الْمُكْرَهِ أو على الْوَجْهِ الذي وَجَبَ عليه
وَلَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْإِيجَابَ على هذا الْوَجْهِ لَا يُفِيدُ الْمُكْرِهَ شيئا فَلَا مَعْنَى لِرُجُوعِهِ عليه وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى تَغْيِيرِ الْمَشْرُوعِ من وَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا جَعْلُ الموصل (((الموسع))) مُضَيَّقًا
وَالثَّانِي جَعْلُ ما لَا يُجْبَرُ على فِعْلِهِ مَجْبُورًا على فِعْلِهِ وَكُلُّ ذلك تَغْيِيرٌ وَلَا يَجُوزُ تغير (((تغيير))) الْمَشْرُوعِ من وَجْهٍ فَكَيْفَ يَجُوزُ من وَجْهَيْنِ
وَكَذَا في الْإِيلَاءِ إذَا لم يَقْرَبْهَا حتى بَانَتْ بِتَطْلِيقَةٍ لَا يَرْجِعُ بِمَا لَزِمَهُ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ إنَّمَا لَزِمَهُ تَرْكُ الْقُرْبَانِ وهو مُخْتَارٌ في تَرْكِهِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْرَبَهَا في الْمُدَّةِ حتى لَا تَبِينَ فَلَا يَلْزَمُهُ
فإذا لم يَقْرَبْ كان تَرْكُ الْقُرْبَانِ حَاصِلًا باختيار (((باختياره))) فَلَا يَكُونُ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ أُكْرِهَ على كَفَّارَةِ الْيَمِينِ لم يَرْجِعْ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّهَا لَزِمَتْهُ بِفِعْلِهِ وَلَوْ أُكْرِهَ على أَنْ يَعْتِقَ عَبْدَهُ عن ظِهَارِهِ يُنْظَرُ إنْ كانت قِيمَتُهُ قِيمَةَ عَبْدٍ وَسَطٍ لايرجع على الْمُكْرِهِ بِشَيْءٍ لِأَنَّ ذلك وَجَبَ عليه بِفِعْلِهِ فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عليه وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ من ذلك يَرْجِعُ عليه بِالزِّيَادَةِ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ ذلك الْقَدْرَ عليه لِأَنَّ الزِّيَادَةَ على عَبْدٍ وَسَطٍ لَا تَجِبُ عليه بِالظِّهَارِ وَلَا تَجْزِيهِ عن الظِّهَارِ لِأَنَّهُ إعْتَاقٌ دَخَلَهُ عِوَضٌ وَالْإِعْتَاقُ بِعِوَضٍ وَإِنْ قَلَّ لَا يجزيه (((يجزي))) عن التَّكْفِيرِ
وَأَمَّا الْعَفْوُ عن دَمِ الْعَمْدِ فَلِعُمُومَاتِ قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ له } وقوله (((ولقوله))) { بِهِ } أَيْ بِالْقِصَاصِ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ الْمَذْكُورِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْقِصَاصِ هو الْعَفْوُ
وَقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوْا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ } فَقَدْ

نَدَبَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى إلَى الْعَفْوِ عَامًّا وَلِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ قَوْلِيٌّ فَلَا يُؤَثِّرُ فيه الْإِكْرَاهُ
وَلَا ضَمَانَ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه إتْلَافُ الْمَالِ لِأَنَّ الْقِصَاصَ ليس بِمَالٍ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ على شُهُودِ الْعَفْوِ إذَا رَجَعُوا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا النَّوْعُ الذي يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَالْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالْهِبَةُ وَالْإِجَارَةُ وَنَحْوُهَا فَالْإِكْرَاهُ يُوجِبُ فَسَادَ هذه التَّصَرُّفَاتِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُوجِبُ تَوَقُّفَهَا على الْإِجَازَةِ كَبَيْعِ الْفُضُولِيِّ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُوجِبُ بُطْلَانَهَا أَصْلًا
وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الرِّضَا شَرْطُ الْبَيْعِ شَرْعًا قال اللَّهُ تَعَالَى { إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عن تَرَاضٍ مِنْكُمْ } وَالْإِكْرَاهُ يَسْلُبُ الرِّضَا
يَدُلُّ عليه أَنَّهُ لو أَجَازَ الْمَالِكُ يَجُوزُ وَالْبَيْعُ الْفَاسِدُ لَا يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ بِالْإِجَازَةِ كَسَائِرِ الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ وَهَذِهِ شُبْهَةُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَنَا ظَوَاهِرُ نُصُوصِ الْبَيْعِ عَامًّا مُطْلَقًا من غَيْرِ تَخْصِيصٍ وَتَقْيِيدٍ وَلِأَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ وهو الْمُبَادَلَةُ صَدَرَ مُطْلَقًا من أَهْلِ الْبَيْعِ في مَحَلٍّ وهو مَالٌ مَمْلُوكِ الْبَائِعِ فَيُفِيدُ الْمِلْكَ عِنْدَ التَّسْلِيمِ كما في سَائِرِ الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ وَلَا فَرْقَ سِوَى أَنَّ الْمُفْسِدَ هُنَاكَ لِمَكَانِ الْجَهَالَةِ أو الرِّبَا أو غَيْرِ ذلك وهذا (((وهنا))) الفساد (((الفاسد))) لِعَدَمِ الرِّضَا طَبْعًا فَكَانَ الرِّضَا طَبْعًا شَرْطَ الصِّحَّةِ لَا شَرْطَ الْحُكْمِ وَانْعِدَامُ شَرْطِ الصِّحَّةِ لَا يُوجِبُ انْعِدَامَ الْحُكْمِ كما في سَائِرِ الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ إلَّا أَنَّ سَائِرَ الْبِيَاعَاتِ لَا تَلْحَقُهَا الْإِجَازَةُ لِأَنَّ فَسَادَهَا لَحِقَ الشَّرْعَ من حُرْمَةِ الرِّبَا وَنَحْوِ ذلك فَلَا يَزُولُ بِرِضَا الْعَبْدِ وههنا (((وهنا))) الْفَسَادُ لَحِقَ الْعَبْدَ وهو عَدَمُ رِضَاهُ فَيَزُولُ بِإِجَازَتِهِ وَرِضَاهُ
وإذا فَسَدَ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ بِالْإِكْرَاهِ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ ما يَتَعَلَّقُ بِهِ من الإحكام في الْجُمْلَةِ وَالْجُمْلَةُ فيه أَنَّ الْأَمْرَ لَا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ إمَّا إنْ كان الْمُكْرَهُ هو الْبَائِعُ وَإِمَّا إن كان هو الْمُشْتَرِيَ وَإِمَّا إن كَانَا جميعا مُكْرَهَيْنِ فَإِنْ كان الْمُكْرَهُ هو الْبَائِعُ فَلَا يَخْلُو الْأَمْرُ فيه من وَجْهَيْنِ إمَّا إن كان مُكْرَهًا على الْبَيْعِ طَائِعًا في التَّسْلِيمِ وَإِمَّا إنْ كان مُكْرَهًا على الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ جميعا فَإِنْ كان مُكْرَهًا على الْبَيْعِ طَائِعًا في التَّسْلِيمِ فَبَاعَ مُكْرَهًا وسلم طَائِعًا جَازَ لِأَنَّ الْبَيْعَ في الْحَقِيقَةِ اسْمٌ لِلْمُبَادَلَةِ فإذاسلم طَائِعًا فَقَدْ أتى بِحَقِيقَةِ الْبَيْعِ بِاخْتِيَارِهِ فَيَجُوزُ بِطَرِيقِ التَّعَاطِي فَكَانَ ما أتى بِهِ من لَفْظِ الْبَيْعِ بِالْإِكْرَاهِ وُجُودُهُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ إلَّا أَنَّهُ لَا يَكُونُ التَّسْلِيمُ منه طَائِعًا إجَازَةً لِذَلِكَ الْبَيْعِ بَلْ يَكُونُ هذا بَيْعًا مُبْتَدَأً بِطَرِيقِ التَّعَاطِي
وَالثَّانِي أَنَّ التَّسْلِيمَ منه إجَازَةٌ لِذَلِكَ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ ليس من شَرْطِ صِحَّةِ الْبَيْعِ صِحَّةُ التَّسْلِيمِ حتى يَكُونَ الْإِكْرَاهُ على الْبَيْعِ إكْرَاهًا على ما لَا صِحَّةَ له بِدُونِهِ إذْ الْبَيْعُ يَصِحُّ بِدُونِ التَّسْلِيمِ فَكَانَ طَائِعًا في التَّسْلِيمِ فَصَلُحَ أَنْ يَكُونَ دَلِيلًا لِلْإِجَازَةِ بِخِلَافِ الْمُكْرَهِ

على الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ إذَا سَلَّمَ طَائِعًا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَلَا يَكُونُ التَّسْلِيمُ إجَازَةً لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ لِصِحَّتِهَا
أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَا يَصِحَّانِ بِدُونِ الْقَبْضِ فَكَانَ الْإِكْرَاهُ عَلَيْهِمَا إكْرَاهًا على الْقَبْضِ

فلم يَصِحَّ التَّسْلِيمُ دَلِيلًا على الْإِجَازَةِ فَهُوَ الْفَرْقُ
هذا إذَا كان مُكْرَهًا على الْبَيْعِ طَائِعًا في التَّسْلِيمِ فَأَمَّا إذَا كان مُكْرَهًا عَلَيْهِمَا جميعا فَبَاعَ مُكْرَهًا وسلم مُكْرَهًا كان الْبَيْعُ فَاسِدًا لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْبَيْعِ هو الْمُبَادَلَةُ وَالْإِكْرَاهُ يُؤَثِّرُ فيها بِالْفَسَادِ وَيَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي لِمَا قُلْنَا حتى لو كان المشتري عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ نَفَذَ إعْتَاقُهُ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ لِأَنَّ بِالْإِعْتَاقِ تَعَذَّرَ عليه الْفَسْخُ إذْ الْإِعْتَاقُ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَتَقَرَّرَ الْهَلَاكُ فَتَقَرَّرَتْ عليه الْقِيمَةُ فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ عليه كَالْبَائِعِ وَالْمُكْرَهُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ رَجَعَ على الْمُكْرِهِ بِقِيمَتِهِ ثُمَّ الْمُكْرِهُ يَرْجِعُ على الْمُشْتَرِي وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ على الْمُشْتَرِي أَمَّا حَقُّ الرُّجُوعِ على الْمُكْرِهِ فَلِأَنَّهُ أَتْلَفَ عليه مَالَهُ بِإِزَالَةِ يَدِهِ عنه فَأَشْبَهَ الْغَاصِبَ فَيَرْجِعُ عليه بِضَمَانِ ما أَتْلَفَهُ كَالْغَاصِبِ ثُمَّ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَهُ على الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الْبَائِعِ
وَأَمَّا حَقُّ الرُّجُوعِ على الْمُشْتَرِي فَلِأَنَّهُ في حَقِّ الْبَائِعِ بِمَنْزِلَةِ غَاصِبِ الْغَاصِبِ وَلِلْمَالِكِ وِلَايَةُ تَضْمِينِ غَاصِبِ الْغَاصِبِ
كَذَا هذا
وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي قبل الْقَبْضِ لَا يَنْفُذُ إعْتَاقُهُ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ قبل الْقَبْضِ وَالْإِعْتَاقُ لَا يَنْفُذُ في غَيْرِ الْمِلْكِ فَإِنْ أَجَازَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ نَفَذَ الْبَيْعُ ولم يَنْفُذْ الْإِعْتَاقُ
وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ من حَيْثُ الظَّاهِرُ تَدُلُّ على أَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ بِالْإِجَازَةِ فَكَانَتْ الْإِجَازَةُ في حُكْمِ الْإِنْشَاءِ وَلَكِنَّا نَقُولُ إنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ بِالْبَيْعِ السَّابِقِ عِنْدَ الْإِجَازَةِ بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ وَالْمُسْتَنِدُ مُقْتَصِرٌ من وَجْهٍ ظَاهِرٌ من وَجْهٍ فَجَازَ أَنْ لَا يَظْهَرَ في حَقِّ الْمُعَلَّقِ بَلْ يُقْتَصَرَ وَلِلْبَائِعِ خِيَارُ الْفَسْخِ
وَالْإِجَازَةِ في هذا الْبَيْعِ قبل الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ لِأَنَّ الْمِلْكَ وَإِنْ ثَبَتَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَكِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ لِأَجْلِ الْفَسَادِ فَيَثْبُتُ له خِيَارُ الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ قبل الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ دَفْعًا لِلْفَسَادِ
وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَلَهُ حَقُّ الْفَسْخِ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهُ لَا حُكْمَ لِهَذَا الْبَيْعِ قبل الْقَبْضِ وَلَيْسَ له حَقُّ الْفَسْخِ بَعْدَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ طَائِعٌ في الشِّرَاءِ فَكَانَ لَازِمًا في جَانِبِهِ لَكِنْ إنَّمَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ فَسْخَ هذا القعد (((العقد))) إذَا كان بِمَحَلِّ الْفَسْخِ فَأَمَّا إذَا لم يَكُنْ بِأَنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي تَصَرُّفًا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَالْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ وَتَلْزَمُهُ الْقِيمَةُ وَإِنْ تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْكَفَالَةِ وَنَحْوِهَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ بِخِلَافِ سَائِرِ الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ فَإِنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الْفَسْخِ أَيَّ تَصَرُّفٍ كان
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ حَقَّ الْفَسْخِ هُنَاكَ ثَبَتَ لِمَعْنًى يَرْجِعُ إلَى الْمَمْلُوكِ من الزِّيَادَةِ وَالْجَهَالَةِ وَنَحْوِ ذلك وقد زَالَ ذلك الْمَعْنَى بِزَوَالِ الْمَمْلُوكِ عن مِلْكِ الْمُشْتَرِي بَطَلَ حَقُّ الْفَسْخِ فلما ثَبَتَ حَقُّ الْفَسْخِ لِمَعْنًى يَرْجِعُ إلَى الْمَالِكِ وهو كَرَاهَتُهُ وَفَوَاتُ رِضَاهُ وَأَنَّهُ قَائِمٌ فَكَانَ حَقُّ الْفَسْخِ ثَابِتًا
وَكَذَلِكَ لو بَاعَهُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي حتى تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي له أَنْ يَفْسَخَ الْعُقُودَ كُلَّهَا لِمَا ذَكَرْنَا
وَكَذَا إنَّمَا يَمْلِكُ الْإِجَازَةَ إذَا كان يمحل (((بمحل))) الْإِجَازَةِ فَأَمَّا إذَا لم يَكُنْ بِأَنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي تَصَرُّفًا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ لَا تَجُوزُ إجَازَتُهُ حتى لَا يَجِبَ الثَّمَنُ على الْمُشْتَرِي بَلْ تَجِبُ عليه قِيمَةُ الْعَبْدِ لِأَنَّ قِيَامَ الْمَحَلِّ وَقْتَ الْإِجَازَةِ شَرْطٌ لِجَوَازِ الْإِجَازَةِ لِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ في الْمَحَلِّ ثُمَّ يُسْتَنَدُ وَالْهَالِكُ لَا يَحْتَمِلُ الْمِلْكَ فَلَا يَحْتَمِلُ الْإِجَازَةَ وَالْمَحَلُّ بِالْإِعْتَاقِ صَارَ في حُكْمِ الْهَالِكِ وَتَقَرَّرَ هَلَاكُهُ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَيَتَقَرَّرُ على الْمُشْتَرِي قِيمَتُهُ وَإِنْ تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا

يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ يَمْلِكُ الْإِجَازَةَ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي وإذا أَجَازَ وَاحِدًا من الْعُقُودِ جَازَتْ الْعُقُودُ كُلُّهَا ما بَعْدَ هذا الْعَقْدِ وما قَبْلَهُ أَيْضًا بِخِلَافِ الْغَاصِبِ إذَا بَاعَ الْمَغْصُوبَ ثُمَّ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي هَكَذَا حتى تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي وَتَوَقَّفَتْ الْعُقُودُ كُلُّهَا فَأَجَازَ الْمَالِكُ وَاحِدًا منها أنما كان يَجُوزُ ذلك الْعَقْدُ خَاصَّةً دُونَ غَيْرِهِ
وَلَوْ لم يُجِزْ الْمَالِكُ شيئا من الْعُقُودِ وَلَكِنَّهُ ضَمِنَ وَاحِدًا منهم يَجُوزُ ما بَعْدَ عَقْدِهِ دُونَ ما قَبْلَهُ
وَالْفَرْقُ أَنَّ في بَابِ الْغَصْبِ لم يَنْفُذْ شَيْءٌ من الْعُقُودِ بَلْ تَوَقَّفَ نَفَاذُ الْكُلِّ على الْإِجَازَةِ فَكَانَتْ الْإِجَازَةُ شَرْطَ النَّفَاذِ فَيَنْفُذُ ما لَحِقَهُ الشَّرْطُ دُونَ غَيْرِهِ أَمَّا هَهُنَا فَالْعُقُودُ ما تَوَقَّفَ نَفَاذُهَا على الْإِجَازَةِ لِوُقُوعِهَا نَافِذَةً قبل الْإِجَازَةِ إذْ الْفَسَادُ لَا يَمْنَعُ النَّفَاذَ فَكَانَتْ الْإِجَازَةُ إزَالَةَ الْإِكْرَاهِ من الْأَصْلِ وَمَتَى جَازَ الْإِكْرَاهُ من الْأَصْلِ جَازَ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ فيجوز (((فتجوز))) الْعُقُودُ كُلُّهَا فَهُوَ الْفَرْقُ وَبِخِلَافِ ما إذَا ضَمِنَ الْمَغْصُوبُ منه أَحَدَهُمْ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَغْصُوبَ عِنْدَ اخْتِيَارِ أَخْذِ الضَّمَانِ منه من وَقْتِ جِنَايَتِهِ وهو الْقَبْضُ إمَّا

بِطَرِيقِ الظُّهُورِ وَإِمَّا بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ على ما عُرِفَ في مَسَائِلِ الْخِلَافِ فَلَا يَظْهَرُ فِيمَا قَبْلَهُ من الْعُقُودِ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ على ما مَرَّ
وإذا قال الْبَائِعُ أَجَزْت جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الْجَوَازِ هو الْإِكْرَاهُ وَالْإِجَازَةُ إزَالَةُ الْإِكْرَاهِ
وَكَذَا إذَا قَبَضَ الثَّمَنَ لِأَنَّ قَبْضَ الثَّمَنِ دَلِيلُ الْإِجَازَةِ كَالْفُضُولِيِّ إذَا بَاعَ مَالَ غَيْرِهِ فَقَبَضَ الْمَالِكُ الثَّمَنَ
وَلَوْ لم يَعْتِقْهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ وَلَكِنْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي قبل الْإِجَازَةِ نَفَذَ إعْتَاقُهُ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ له بِالشِّرَاءِ وَسَوَاءٌ كان قَبَضَ الْعَبْدَ أو لَا لِأَنَّ شِرَاءَهُ صَحِيحٌ فَيُفِيدُ الْمِلْكَ بِنَفْسِهِ بِخِلَافِ إعْتَاقِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ بِنَفْسِهِ بَلْ بِوَاسِطَةِ الْقَبْضِ
وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي الْأَخِيرُ ثُمَّ أَجَازَ الْبَائِعُ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ لم تَجُزْ إجَازَتُهُ حتى لَا يَمْلِكَ الْمُطَالَبَةَ بِالثَّمَنِ بَلْ تَجِبُ الْقِيمَةُ
وهو بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ رَجَعَ بها على الْمُكْرِهِ وَالْمُكْرِهُ يَرْجِعُ على الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ على أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ أَيَّهُمَا كان
إمَا الرُّجُوعُ على الْمُكْرِهِ فَلِمَا ذَكَرْنَا في إعْتَاقِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنَّهُ أَتْلَفَ عليه مِلْكَهُ مَعْنًى فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ منه ضَمَانَ الْإِتْلَافِ وَلِلْمُكْرِهِ أَنْ يَرْجِعَ بِذَلِكَ على الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَضْمُونَ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الْبَائِعِ وكان لِلْبَائِعِ أَنْ يَرْجِعَ عليه بِالضَّمَانِ فَكَذَا له
وَيَصِحُّ كُلُّ عَقْدٍ وُجِدَ بَعْدَ ذلك وَإِنْ شَاءَ الْمُكْرَهُ رَجَعَ على أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ أَيُّهُمَا شَاءَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في حَقِّ الْبَائِعِ بِمَنْزِلَةِ غَاصِبِ الْغَاصِبِ فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ برىء الْمُكْرِهُ وَصَحَّتْ الْبِيَاعَاتِ كُلُّهَا لِأَنَّهُ مِلْكُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ بِاخْتِيَارِ تَضْمِينِهِ فَتُبُيِّنَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَصَحَّ فَيَصِحُّ كُلُّ بَيْعٍ وُجِدَ بَعْدَ ذلك
إن إخبار (((اختار))) تَضْمِينَ الْمُشْتَرِي الْآخَرِ صَحَّ كُلُّ بَيْعٍ وُجِدَ بَعْدَ ذلك وَبَطَلَ كُلُّ بَيْعٍ كان قَبْلَهُ لِأَنَّهُ لَمَّا اخْتَارَ تَضْمِينَهُ فَقَدْ خَصَّهُ بِمِلْكِ الْمَضْمُونِ

فَتُبُيِّنَ أَنَّ كُلَّ بَيْعٍ كان قَبْلَهُ كان بَيْعُ ما لَا يَمْلِكُهُ الْبَائِعُ فَبَطَلَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
هذا إذَا كان الْمُكْرَهُ هو الْبَائِعُ فَأَمَّا إذَا كان الْمُكْرَهُ هو الْمُشْتَرِي دُونَ الْبَائِعِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّ الْفَسْخِ قبل الْقَبْضِ وَبَعْدَ الْقَبْضِ حَقُّ الْفَسْخِ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الْبَائِعِ لِمَا ذَكَرْنَا في إكْرَاهِ الْبَائِعِ وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُجِيزَ هذا الْعَقْدَ كما لِلْبَائِعِ إذَا كان مُكْرَهًا
وَلَوْ أُكْرِهَ على الشِّرَاءِ وَالْقَبْضِ وَدَفَعَ الثَّمَنَ والمشتري عَبْدٌ فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي فَذَلِكَ إجَازَةٌ لِلْبَيْعِ لِأَنَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ لَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بَعْدَ وُجُودِهَا فَكَانَ الْإِقْدَامُ عليها الْتِزَامًا لِلْمَالِكِ كَالْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ إذَا فَعَلَ شيئا من ذلك وَكَذَلِكَ لو كان المشتري أَمَةً فَوَطِئَهَا أو قَبَّلَهَا بِشَهْوَةٍ فَهُوَ إجَازَةٌ لِلْبَيْعِ لِأَنَّهُ لو نُقِضَ الْبَيْعُ لَتُبُيِّنَ أَنَّ الْوَطْءَ صَادَفَ مِلْكَ الْغَيْرِ وَذَلِكَ حَرَامٌ وَالظَّاهِرُ من حَالِ الْمُسْلِمِ التَّحَرُّزُ عن الْحَرَامِ فَكَانَ إقْدَامُهُ عليه الْتِزَامًا لِلْبَيْعِ دَلَالَةً
وَلَوْ لم يَقْبِضْهُ الْمُشْتَرِي حتى أَعْتَقَهُ الْبَائِعُ نَفَذَ إعْتَاقُهُ لِأَنَّهُ على مِلْكِهِ قبل التَّسْلِيمِ وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي نَفَذَ إعْتَاقُهُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَنْفُذَ وَجْهُ الْقِيَاسِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ ما لَا يَمْلِكُهُ ولاعتق فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابن آدَمَ على لِسَانِ رسول اللَّهِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ يَمْلِكُ إجَازَةَ هذا الْبَيْعِ فَإِقْدَامُهُ على الْإِعْتَاقِ إجَازَةٌ له تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ وَهَذَا لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْعَاقِلِ تَجِبُ صِيَانَتُهُ عن الْإِلْغَاءِ ما أَمْكَنَ وَلَا صِحَّةَ لِتَصَرُّفِهِ إلَّا بِالْمِلْكِ وَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ قبل الْقَبْضِ إلَّا بِالْإِجَازَةِ فَيَقْتَضِي الْإِعْتَاقُ إجَازَةَ هذا الْعَقْدِ سَابِقًا عليه أو مُقَارِنًا له تَصْحِيحًا له كما في قَوْلِهِ لِغَيْرِهِ أَعْتِقْ عَبْدَك عَنِّي على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَلِهَذَا نَفَذَ إعْتَاقُ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ
كَذَا هذا
هذا إذَا أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ وَلَوْ أَعْتَقَاهُ جميعا مَعًا قبل الْقَبْضِ فَإِعْتَاقُ الْبَائِعِ أَوْلَى لِوَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّ مِلْكَ الْبَائِعِ ثَابِتٌ مقصودا (((مقصود))) وَمِلْكَ الْمُشْتَرِي يَثْبُتُ ضِمْنًا لِلْإِجَازَةِ الثَّابِتَةِ ضِمْنًا لِلْإِعْتَاقِ فَكَانَ تَنْفِيذُ إعْتَاقِ الْبَائِعِ أَوْلَى
وَالثَّانِي أَنَّ مِلْكَ الْبَائِعِ ثَابِتٌ في الْحَالِ وَمِلْكَ الْمُشْتَرِي يَثْبُتُ في الثَّانِي فَاعْتِبَارُ الْمَوْجُودِ لِلْحَالِ أَوْلَى
هذا إذَا كان الْمُكْرَهُ وهو الْبَائِعُ أو الْمُشْتَرِي فَأَمَّا إذَا كَانَا جميعا مُكْرَهَيْنِ على الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِيَارُ الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ لِأَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ في حَقِّهِمَا وَالثَّابِتُ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ مِلْكٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَكَانَ بِمَحَلِّ الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ فَإِنْ أَجَازَا جميعا جَازَ وَإِنْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ جَازَ في جَانِبِهِ وَبَقِيَ الْخِيَارُ في حَقِّ صَاحِبِهِ
وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي قبل وُجُودِ الْإِجَازَةِ من أَحَدِهِمَا أَصْلًا نَفَذَ إعْتَاقُهُ وَلَزِمَهُ الْقِيمَةُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ تَصَرُّفٌ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَكَانَ إقْدَامُهُ عليه الْتِزَامًا لِلْبَيْعِ في جَانِبِهِ وَلَا تَجُوزُ إجَازَةُ الْبَائِعِ بَعْدَ ذلك لِأَنَّهُ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا لِلْإِجَازَةِ بِالْإِعْتَاقِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ قِيَامَ الْمَحَلِّ وَقْتَ الْإِجَازَةِ شَرْطُ صِحَّةِ الْإِجَازَةِ وقد هَلَكَ بِالْإِعْتَاقِ
وَلَوْ لم يَعْتِقْهُ الْمُشْتَرِي وَلَكِنْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ ثُمَّ أَعْتَقَاهُ مَعًا نَفَذَ لإعتاق (((إعتاق))) الْبَائِعِ وَبَطَلَ

إعْتَاقُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إمَّا إن كانت الْإِجَازَةُ من الْمُشْتَرِي أو من الْبَائِعِ فَإِنْ كانت من الْمُشْتَرِي نَفَذَ إعْتَاقُ الْبَائِعِ لِأَنَّ إجَازَةَ الْمُشْتَرِي لم تَعْمَلْ في جَانِبِ الْبَائِعِ فَبَقِيَ الْبَائِعُ على خِيَارِهِ فإذا أَعْتَقَ نَفَذَ إعْتَاقُهُ وَبَطَلَ إعْتَاقُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ أَبْطَلَ خِيَارَهُ بِالْإِجَازَةِ وَإِنْ كانت الْإِجَازَةُ من الْبَائِعِ فَتَنْفِيذُ إعْتَاقِهِ أَوْلَى أَيْضًا لِمَا ذَكَرْنَا من الْوَجْهَيْنِ في إكْرَاهِ الْمُشْتَرِي

وَلَوْ أَجَازَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ ثُمَّ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَعْتَقَ الْبَائِعُ بَعْدَهُ نَفَذَ إعْتَاقُ الْمُشْتَرِي وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ وَلَا يَنْفُذُ إعْتَاقُ الْبَائِعِ

أَمَّا نُفُوذُ إعْتَاقِ الْمُشْتَرِي فَلِبَقَاءِ الْخِيَارِ له وَأَمَّا عَدَمُ نُفُوذِ إعْتَاقِ الْبَائِعِ فَلِسُقُوطِ خِيَارِهِ بِالْإِجَازَةِ

وَأَمَّا لُزُومُ الثَّمَنِ الْمُشْتَرِيَ فَلِلُزُومِ الْبَيْعِ في الْجَانِبَيْنِ جميعا

وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ

وَيَسْتَوِي أَيْضًا في بَابِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ الْإِكْرَاهُ التَّامُّ وَالنَّاقِصُ لِأَنَّ كُلَّ ذلك يُفَوِّتُ الرِّضَا وَيَسْتَوِي في الْإِكْرَاهِ على الْبَائِعِ تَسْمِيَةُ الْمُشْتَرِي وَتَرْكُ التَّسْمِيَةِ حتى يَفْسُدَ الْبَيْعُ في الْحَالَيْنِ جميعا لِأَنَّ غَرَضَ الْمُكْرِهِ في الْحَالَيْنِ جميعا وَاحِدٌ

وهو إزَالَةُ مِلْكِ الْبَائِعِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالْبَيْعِ من أَيِّ إنْسَانٍ كان

وَلَوْ أَوْعَدَهُ بِضَرْبِ سَوْطٍ أو الْحَبْسِ يَوْمًا أو الْقَيْدِ يَوْمًا فَلَيْسَ ذلك من الْإِكْرَاهِ في شَيْءٍ لِأَنَّ ذلك لَا يُغَيِّرُ حَالَ الْمُكْرَهِ عَمَّا كان عليه من قَبْلِ

هذا إذَا وَرَدَ الْإِكْرَاهُ على الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ فَأَمَّا إذَا وَرَدَ على التَّوْكِيلِ بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ فَبَاعَ الْوَكِيلُ وسلم وهو طَائِعٌ وَالْمَبِيعُ عَبْدُهُ فَمَوْلَى الْعَبْدِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُكْرِهَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْوَكِيلَ أو الْمُشْتَرِيَ فَإِنْ ضَمَّنَ الْوَكِيلَ رَجَعَ على الْمُشْتَرِي وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِي لَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ

أَمَّا وِلَايَةُ تَضْمِينِ الْمُكْرِهِ فَلِأَنَّ الْإِكْرَاهَ على التَّوْكِيلِ بِالْبَيْعِ إكْرَاهٌ على الْبَيْعِ لَكِنْ بِوَاسِطَةِ التَّوْكِيلِ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ بِالْبَيْعِ تَسْبِيبٌ إلَى إزَالَةِ الْيَدِ وَأَنَّهُ إتْلَافٌ مَعْنًى فَكَانَ التَّلَفُ بِهَذِهِ الْوَاسِطَةِ مُضَافًا إلَى الْمُكْرِهِ فَكَانَ له وِلَايَةُ تَضْمِينِ الْمُكْرِهِ

وَأَمَّا تَضْمِينُ الْوَكِيلِ فَلِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ وَكَذَلِكَ الْمُشْتَرِي وَقَبْضُ مَالِ الْإِنْسَانِ بِغَيْرِ رِضَاهُ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ فَكَانَ له وِلَايَةُ تَضْمِينِ أَيِّهِمَا شَاءَ فَإِنْ ضَمَّنَ الْوَكِيلَ يَرْجِعُ عن الْمُشْتَرِي بِقِيمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَدَّى الضَّمَانَ فَقَدْ نَزَلَ مَنْزِلَةَ الْبَائِعِ فَيَمْلِكُ تَضْمِينَهُ كَالْبَائِعِ وَلَكِنْ لَا يَنْفُذُ ذلك الْبَيْعُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ ما مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ لم يَبِعْهُ لِنَفْسِهِ بَلْ لِغَيْرِهِ وهو الْمَالِكُ فَيَقِفُ نَفَاذُهُ على إجَازَةِ من وَقَعَ له الْعَقْدُ وهو الْمَالِكُ لَا على فِعْلٍ يُوجَدُ منه وهو أَدَاءُ الضَّمَانِ

وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ ثُمَّ أَدَّى الضَّمَانَ أَنَّهُ يَنْفُذُ بَيْعُهُ لِأَنَّ هُنَاكَ بَاعَهُ لِنَفْسِهِ لَا لِغَيْرِهِ وهو الْمَالِكُ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَجَازَ وُقُوفُهُ على فِعْلِهِ وهو أَدَاءُ الضَّمَانِ وَجَازَ وُقُوفُهُ على فِعْلِ مَالِكِهِ أَيْضًا قبل أَدَاءِ الضَّمَانِ لِأَنَّ الْغَاصِبَ إنَّمَا يَمْلِكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ لَا يَخْتَارَ الْمَالِكُ الضَّمَانَ فَلَا يَمْلِكُهُ الْغَاصِبُ لِذَلِكَ وَقَفَ على إجَازَةِ الْمَالِكِ

وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْمُشْتَرِي لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي على أَحَدٍ لِأَنَّ الْقِيمَةَ بَدَلُ الْمَبِيعِ وقد سَلَّمَ له الْمُبْدَلَ

ثُمَّ إنْ كان الْبَائِعُ قَبَضَ الثَّمَنَ من الْمُشْتَرِي يَسْتَرِدُّهُ منه وَإِنْ كان لم يَقْبِضْهُ فَلَا شَيْءَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

هذا إذَا كان كالإكراه (((الإكراه))) تَامًّا فَإِنْ كان نَاقِصًا لَا يَرْجِعُ الْمُكْرَهُ بِالضَّمَانِ على الْمُكْرِهِ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ النَّاقِصَ لَا يُوجِبُ نِسْبَةَ الْإِتْلَافِ إلَيْهِ على ما بَيَّنَّا وَلَكِنَّهُ يَرْجِعُ إلَى الْوَكِيلِ أو الْمُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَأَمَّا الْإِكْرَاهُ على الْهِبَةِ فَيُوجِبُ فَسَادَهَا كَالْإِكْرَاهِ على الْبَيْعِ حتى إنه لو وَهَبَ مُكْرَهًا وسلم مُكْرَهًا ثَبَتَ الْمِلْكُ كما في الْبَيْعِ إلَّا أَنَّهُمَا يَفْتَرِقَانِ من وَجْهٍ وهو أَنَّ في بَابِ الْبَيْعِ إذَا بَاعَ مُكْرَهًا وسلم طَائِعًا يَجُوزُ الْبَيْعُ وفي بَابِ الْهِبَةِ مُكْرَهًا لَا يَجُوزُ سَوَاءٌ سَلَّمَ مُكْرَهًا أو طَائِعًا

وقد بَيَّنَّا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَكَذَلِكَ تَسْلِيمُ الشُّفْعَةِ من هذا الْقَبِيلِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مع الْإِكْرَاهِ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ في مَعْنَى الْبَيْعِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ صِحَّتُهُ بِاللِّسَانِ كَالْبَيْعِ حتى تَبْطُلَ الشُّفْعَةُ بِالسُّكُوتِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ

ثُمَّ الْبَيْعُ يَعْمَلُ عليه الْإِكْرَاهُ فَكَذَلِكَ تَسْلِيمُ الشُّفْعَةِ

وَمِنْ هذا الْقَبِيلِ الْإِكْرَاهُ على الْإِبْرَاءِ عن الْحُقُوقِ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ فيه مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَلِهَذَا لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ وَلَا يَصِحُّ في الْمَجْهُولِ كَالْبَيْعِ ثُمَّ الْبَيْعُ يَعْمَلُ عليه الْإِكْرَاهُ فَكَذَلِكَ الْإِبْرَاءُ عن الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ إبْرَاءٌ عن حَقِّ الْمُطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِ النَّفْسِ الذي هو وَسِيلَةُ الْمَالِ فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْبَيْعِ الذي هو تَمْلِيكُ الْمَالِ فَيَعْمَلُ عليه الْإِكْرَاهُ كما يَعْمَلُ على الْبَيْعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

هذا إذَا كان الْإِكْرَاهُ على الْإِنْشَاءِ فَأَمَّا إذَا كان على الْإِقْرَارِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ سَوَاءٌ كان الْمُقَرُّ بِهِ مُحْتَمِلًا لِلْفَسْخِ أو لم يَكُنْ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إخْبَارٌ وَصِحَّةُ الْإِخْبَارِ عن الْمَاضِي بِوُجُودِ الْمُخْبَرِ بِهِ سَابِقًا على الْإِخْبَارِ وَالْمُخْبَرُ بِهِ هَهُنَا يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ وَإِنَّمَا يَتَرَجَّحُ جهة (((جنبة))) الْوُجُودِ على جهة (((جنبة))) الْعَدَمِ

بِالصِّدْقِ وَحَالُ الْإِكْرَاهِ لَا يَدُلُّ على الصِّدْقِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَتَحَرَّجُ عن الْكَذِبِ حَالَةَ الْإِكْرَاهِ فَلَا يَثْبُتُ الرُّجْحَانُ وَلِأَنَّ الْإِقْرَارَ من بَابِ الشَّهَادَةِ

قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ على أَنْفُسِكُمْ } وَالشَّهَادَةُ على أَنْفُسِهِمْ ليس إلَّا الْإِقْرَارُ على أَنْفُسِهِمْ وَالشَّهَادَةُ تَرِدُ بِالتُّهْمَةِ وهو مُتَّهَمٌ حَالَةَ الْإِكْرَاهِ

وَلَوْ أُكْرِهَ على الْإِقْرَارِ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِمَا قُلْنَا بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ تَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ فَأَمَّا الْمَالُ فَلَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ فلما لم يَصِحَّ هُنَاكَ فَلَأَنْ لَا يَصِحَّ هَهُنَا أَوْلَى

وَلَوْ أُكْرِهَ على الْإِقْرَارِ بِذَلِكَ ثُمَّ خَلَّى سَبِيلَهُ قبل أَنْ يُقِرَّ بِهِ ثُمَّ أَخَذَهُ فَأَقَرَّ بِهِ من غَيْرِ تَجْدِيدِ الْإِكْرَاهِ فَهَذَا على وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ تَوَارَى عن بَصَرِ الْمُكْرِهِ حين ما خَلَّى سَبِيلَهُ وَإِمَّا إن لم يَتَوَارَ عن بَصَرِهِ حتى بَعَثَ من أَخَذَهُ وَرَدَّهُ إلَيْهِ فَإِنْ كان قد تَوَارَى عن بَصَرِهِ ثُمَّ أَخَذَهُ فَأَقَرَّ إقْرَارًا مُسْتَقْبَلًا جَازَ إقْرَارُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا خَلَّى سَبِيلَهُ حتى تَوَارَى عن بَصَرِهِ فَقَدْ زَالَ الْإِكْرَاهُ عنه فإذا أَقَرَّ بِهِ من غَيْرِ إكْرَاهٍ جَدِيدٍ فَقَدْ أَقَرَّ طَائِعًا فَصَحَّ

وَإِنْ لم يَتَوَارَ عن بَصَرِهِ بَعْدُ حتى رَدَّهُ إلَيْهِ فَأَقَرَّ بِهِ من غَيْرِ تَجْدِيدِ الْإِكْرَاهِ لم يَصِحَّ إقْرَارُهُ لِأَنَّهُ إذَا لم يَتَوَارَ عن بَصَرِهِ فَهُوَ على الْإِكْرَاهِ الْأَوَّلِ

وَلَوْ أُكْرِهَ على الْإِقْرَارِ بِالْقِصَاصِ فَأَقَرَّ بِهِ فَقَتَلَهُ حين ما أَقَرَّ بِهِ من غَيْرِ بَيِّنَةٍ فَإِنْ كان الْمُقِرُّ مَعْرُوفًا بِالذِّعَارَةِ يُدْرَأُ عنه الْقِصَاصُ اسْتِحْسَانًا
وَإِنْ لم يَكُنْ مَعْرُوفًا بها يَجِبْ الْقِصَاصُ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجِبَ الْقِصَاصُ كيفما كان
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْإِقْرَارَ زال عنه الْإِكْرَاهُ لَمَّا لم يَصِحَّ شَرْعًا صَارَ وُجُودُهُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ فَصَارَ كما لو قَتَلَهُ ابْتِدَاءً
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِقْرَارَ إنْ كان لَا يَصِحُّ مع الْإِكْرَاهِ لَكِنْ لِهَذَا الْإِقْرَارِ شُبْهَةُ الصِّحَّةِ إذَا كان الْمُقِرُّ مَعْرُوفًا بِالذِّعَارَةِ لِوُجُودِ دَلِيلِ الصِّدْقِ في الْجُمْلَةِ وَذَا يُورِثُ شُبْهَةً في وُجُوبِ الْقِصَاصِ فَيَدْرَأُ لِلشُّبْهَةِ
وإذا لم يَكُنْ مَعْرُوفًا بِالذِّعَارَةِ فَإِقْرَارُهُ لَا يُورِثُ شُبْهَةً في الْوُجُوبِ فَيَجِبُ
وَمِثَالُ هذا إذَا دخل رَجُلٌ على رَجُلٍ في مَنْزِلِهِ فَخَافَ صَاحِبُ الْمَنْزِلِ أَنَّهُ ذَاعِرٌ دخل عليه لِيَقْتُلَهُ وَيَأْخُذَ مَالَهُ فَبَادَرَهُ وَقَتَلَهُ فَإِنْ كان الدَّاخِلُ مَعْرُوفًا بِالذِّعَارَةِ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ على صَاحِبِ الْمَنْزِلِ
وَإِنْ لم يَكُنْ مَعْرُوفًا بِالذِّعَارَةِ يَجِبْ الْقِصَاصُ عليه
كَذَا هذا
وإذا لم يَجِبْ الْقِصَاصُ يَجِبُ الْأَرْشُ
لِأَنَّ سُقُوطَ الْقِصَاصِ لِلشُّبْهَةِ وإنها لَا تَمْنَعُ وُجُوبَ الْمَالِ
وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْأَرْشُ أَيْضًا إذَا كان مَعْرُوفًا بِالذِّعَارَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ ما عَدْلُ الْمُكْرَهِ إلَى غَيْرِ ما وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ أو زَادَ على ما وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ أو نَقَصَ عنه فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْعُدُولُ عَمَّا وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ إلَى غَيْرِهِ لَا يَخْلُو من وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْعَقْدِ في الِاعْتِقَادَاتِ أو بِالْفِعْلِ في الْمُعَامَلَاتِ أَمَّا حُكْمُ الْعُدُولِ عَمَّا وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ بِالْعَقْدِ في الِاعْتِقَادَاتِ فَقَدْ ذكرناها (((ذكرناه))) فِيمَا تَقَدَّمَ
وَأَمَّا الْعُدُولُ إلَى غَيْرِ ما وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ بِالْفِعْلِ في الْمُعَامَلَاتِ فَنَقُولُ إذَا عَدَلَ الْمُكْرَهُ إلَى غَيْرِ ما وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ بِالْفِعْلِ جَازَ ما فَعَلَ لِأَنَّهُ طَائِعٌ فِيمَا عَدَلَ إلَيْهِ حتى لو أُكْرِهَ على بَيْعِ جَارِيَتِهِ فَوَهَبَهَا جَازَ لِأَنَّهُ عَدَلَ عَمَّا أُكْرِهَ عليه لِتَغَايُرِ الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ
وَكَذَلِكَ لو طُولِبَ بِمَالٍ وَذَلِكَ الْمَالُ أَصْلُهُ بَاطِلٌ وَأُكْرِهَ على أَدَائِهِ ولم يذكر له بَيْعَ الْجَارِيَةِ فَبَاعَ جَارِيَتَهُ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ في بَيْعِ الْجَارِيَةِ طَائِعٌ
وَلَوْ أُكْرِهَ على الْإِقْرَارِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ بِمِائَةِ دِينَارٍ أو صِنْفٍ آخَرَ غَيْرِ ما أُكْرِهَ عليه جَازَ لِأَنَّهُ طَائِعٌ فِيمَا أَقَرَّ بِهِ وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا أُكْرِهَ على أَنْ يَبِيعَ عَبْدَهُ من فُلَانٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَبَاعَهُ منه بِمِائَةِ دِينَارٍ إن الْبَيْعَ فَاسِدٌ اسْتِحْسَانًا جَائِزٌ قِيَاسًا فَقَدْ اعْتَبَرَ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ في الْإِقْرَارِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا وَاعْتَبَرَهَا جِنْسًا وَاحِدًا في الْإِنْشَاءِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ حَقِيقَةً إلَّا أَنَّهُمَا جُعِلَا جِنْسًا في مَوْضِعِ الْإِنْشَاءِ بَلْ مُخَالَفَةُ الْحَقِيقَةِ لِمَعْنًى هو مُنْعَدِمٌ في الْإِقْرَارِ وهو أَنَّ الْفَائِتَ بِالْإِكْرَاهِ هو الرِّضَا طَبْعًا وَالْإِكْرَاهُ على الْبَيْعِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ كما يَعْدَمُ الرِّضَا بِالْبَيْعِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ يَعْدَمُ الرِّضَا بِالْبَيْعِ بِمِائَةِ دِينَارٍ قِيمَتُهُ أَلْفٌ لِاتِّحَادِ الْمَقْصُودِ منها وهو الثَّمَنِيَّةُ فَكَانَ انْعِدَامُ الرِّضَا بِالْبَيْعِ بِأَحَدِهِمَا دليل (((دليلا))) على انْعِدَامِ الرِّضَا بِالْبَيْعِ بِالْآخَرِ فَكَانَ الْإِكْرَاهُ على الْبَيْعِ بِأَحَدِهِمَا إكْرَاهًا على الْبَيْعِ بِالْآخَرِ بِخِلَافِ ما إذَا أُكْرِهَ على الْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَبَاعَهُ بِمَكِيلٍ أو مَوْزُونٍ آخَرَ سِوَى الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِأَنَّ هُنَاكَ الْمَقْصُودُ مُخْتَلَفٌ فلم يَكُنْ كَرَاهَةُ الْبَيْعِ بِأَحَدِهِمَا كَرَاهَةَ الْبَيْعِ بِالْآخَرِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجَدُ في الْإِقْرَارِ لِأَنَّ بُطْلَانَ إقْرَارِ الْمُكْرَهِ لِانْعِدَامِ رُجْحَانِ جَانِبِ

الصِّدْقِ على جَانِبِ الْكَذِبِ في اخْتِيَارِهِ بِدَلَالَةِ الْإِكْرَاهِ فيختصر (((فيختص))) بِمَوْرِدِ الْإِكْرَاهِ وهو الدَّرَاهِمُ فَكَانَ

صَادِقًا في الْإِقْرَارِ بِالدَّنَانِيرِ لِانْعِدَامِ الْمَانِعِ من الرُّجْحَانِ فيه فَهُوَ الْفَرْقُ
وَأَمَّا إذَا زَادَ على ما وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ بِأَنْ أُكْرِهَ على الْإِقْرَارِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ بِأَلْفَيْنِ جَازَ إقْرَارُهُ بِأَلْفٍ وَبَطَلَ بِأَلْفٍ لِأَنَّهُ في الْإِقْرَارِ بِالْأَلْفِ الزَّائِدِ طَائِعٌ فَصَحَّ

وَلَوْ أُكْرِهَ على الْإِقْرَارِ لِفُلَانٍ فَأَقَرَّ له وَلِغَيْرِهِ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْغَيْرُ في الشَّرِكَةِ لم يَجُزْ أَصْلًا بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كَذَّبَهُ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجُوزُ في نَصِيبِ الْغَيْرِ خَاصَّةً
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَانِعَ من الصِّحَّةِ عِنْدَ التَّصْدِيقِ هو الشَّرِكَةُ في مَالٍ لم يَصِحَّ الْإِقْرَارُ بِنِصْفِهِ شَائِعًا فإذا كَذَّبَهُ لم يثبت (((تثبت))) الشَّرِكَةُ فَيَصِحُّ إقْرَارُهُ لِلْغَيْرِ إذْ هو فِيمَا أَقَرَّ له بِهِ طَائِعٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْإِقْرَارَ إخْبَارٌ وَصِحَّةُ الْإِخْبَارِ عن الْمَاضِي بِوُجُودِ الْمُخْبَرِ بِهِ سَابِقًا على الْإِخْبَارِ وَالْمُخْبَرُ بِهِ أَلْفٌ مُشْتَرَكَةٌ فَلَوْ صَحَّ إقْرَارُهُ لِغَيْرِ الْمُقَرِّ له بِالْإِكْرَاهِ لم يَكُنْ الْمُخْبَرُ بِهِ على وَصْفِ الشَّرِكَةِ فلم يَصِحَّ إخْبَارُهُ عن الْمُشْتَرَكِ فلم يَصِحَّ إقْرَارُهُ وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ اخْتِلَافِهِمْ في الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ إذَا أَقَرَّ لِوَارِثِهِ وَلِأَجْنَبِيٍّ بِالدَّيْنِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ أَصْلًا بِالْإِجْمَاعِ إنْ صَدَّقَهُ الْأَجْنَبِيُّ بِالشَّرِكَةِ وَإِنْ كَذَّبَهُ فَعَلَى الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا
وَلَوْ أُكْرِهَ على هِبَةِ عَبْدِهِ لِعَبْدِ اللَّهِ فَوَهَبَهُ لِعَبْدِ اللَّهِ وَزَيْدٍ فَسَدَتْ الْهِبَةُ في حِصَّةِ عبد اللَّهِ وَصَحَّتْ في حِصَّةِ زَيْدٍ لِأَنَّهُ مُكْرَهٌ في حِصَّةِ عبد اللَّهِ لِوُرُودِ الْإِكْرَاهِ على كل الْعَبْدِ وَالْإِكْرَاهُ على كل الشَّيْءِ إكْرَاهٌ على بَعْضِهِ فلم تَصِحَّ الْهِبَةُ في حِصَّتِهِ طَائِعٌ في حِصَّةِ زَيْدٍ وَأَنَّهُ هِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَصَحَّتْ في حِصَّتِهِ
وَلَوْ كان مَكَانَ الْعَبْدِ أَلْفٌ فَالْهِبَةُ في الْكُلِّ فَاسِدَةٌ بِالْإِجْمَاعِ بين أَصْحَابِنَا أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فَظَاهِرٌ لِأَنَّ هِبَةَ الطَّائِعِ من اثْنَيْنِ لَا تَصِحُّ عِنْدَهُ فَهِبَةُ الْمُكْرَهِ أَوْلَى
وَأَمَّا على أَصْلِهِمَا فَلِأَنَّهُ لَمَّا وُهِبَ الْأَلْفُ مِنْهُمَا وَالْهِبَةُ من أَحَدِهِمَا لَا تَصِحُّ بِحُكْمِ الْإِكْرَاهِ كان وَاهِبًا نِصْفَ الْأَلْفِ من الْآخَرِ وَهَذِهِ هِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا بِخِلَافِ حَالَةِ الطَّوَاعِيَةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا زَادَ على ما وَقَعَ عليه الْإِكْرَاهُ
فَأَمَّا إذَا نَقَصَ عنه بِأَنْ أُكْرِهَ على الْإِقْرَارِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ بِخَمْسِمِائَةٍ فَإِقْرَارُهُ بَاطِلٌ
لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ على أَلْفٍ إكْرَاهٌ على خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّهَا بَعْضُ الْأَلْفِ وَالْإِكْرَاهُ على كل شَيْءٍ إكْرَاهٌ على بَعْضِهِ فَكَانَ مُكْرَهًا بِالْإِقْرَارِ بِخَمْسِمِائَةٍ فلم يَصِحَّ
وَلَوْ أُكْرِهَ على بَيْعِ جَارِيَتِهِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَبَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ جَازَ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ بَاعَهَا بِأَقَلَّ من أَلْفٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ اسْتِحْسَانًا جَائِزٌ قِيَاسًا
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْمُكْرَهَ عليه هو الْبَيْعُ بِأَلْفٍ فإذا بَاعَ بِأَقَلَّ منه فَقَدْ عَقَدَ عَقْدًا

آخَرَ إذْ الْبَيْعُ بِأَلْفٍ غَيْرُ الْبَيْعِ بِخَمْسِمِائَةٍ فَكَانَ طَائِعًا فيه فَجَازَ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ غَرَضَ الْمُكْرِهِ هو الْإِضْرَارُ بِالْبَائِعِ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ وَإِنْ قَلَّ الثَّمَنُ فَكَانَ الْإِكْرَاهُ على الْبَيْعِ بِأَلْفٍ إكْرَاهًا على الْبَيْعِ بِأَقَلَّ منه فَبَطَلَ بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ لِأَنَّ حَالَ الْمُكْرِهِ دَلِيلٌ على أَنَّهُ لَا يَأْمُرُهُ بِالْبَيْعِ بِأَوْفَرِ الثَّمَنَيْنِ فَكَانَ طَائِعًا في الْبَيْعِ بِأَلْفَيْنِ فَجَازَ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ الْمَأْذُونِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ ما يَظْهَرُ بِهِ الْإِذْنُ بِالتِّجَارَةِ وفي بَيَانِ ما يَمْلِكُ الْمَأْذُونُ من التَّصَرُّفِ وما لَا يَمْلِكُ وفي بَيَانِ ما يَمْلِكُ الْمَوْلَى من التَّصَرُّفِ في الْمَأْذُونِ وَكَسْبِهِ وما لَا يَمْلِكُ حُكْمَ تَصَرُّفِهِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْغُرُورِ في الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الدَّيْنِ الذي يَلْحَقُ الْمَأْذُونَ وفي بَيَانِ ما يَبْطُلُ بِهِ الْإِذْنُ وَيَصِيرُ مَحْجُورًا وفي بَيَانِ حُكْمِ تَصَرُّفِ الْمَحْجُورِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ رُكْنُ الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ نَوْعَانِ صَرِيحٌ وَدَلَالَةٌ
وَالصَّرِيحُ نَوْعَانِ خَاصٌّ وَعَامٌّ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ مُنَجَّزٌ وَمُعَلَّقٌ بِشَرْطٍ وَمُضَافٌ إلَى وَقْتٍ
أَمَّا الْخَاصُّ الْمُنَجَّزُ فَهُوَ أَنْ يَأْذَنَ له في شَيْءٍ بِعَيْنِهِ مِمَّا لَا يُؤْذَنُ في مِثْلِهِ لِلتِّجَارَةِ عَادَةً بِأَنْ يَقُولَ له اشْتَرِ لي بِدِرْهَمٍ لَحْمًا أو اشْتَرِ لي طَعَامًا رِزْقًا لي أو لِأَهْلِي أو لك أو اشْتَرِ لي ثَوْبًا أو لِأَهْلِي أو لِأَهْلِكَ أو اشْتَرِ ثَوْبًا أقطعه قَمِيصًا وَنَحْوَ ذلك مِمَّا لَا يُقْصَدُ بِهِ التِّجَارَةُ عَادَةً وَيَصِيرُ مَأْذُونًا فِيمَا تَنَاوَلَهُ الْإِذْنُ خَاصَّةً اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَصِيرَ مَأْذُونًا بِالتِّجَارَاتِ كُلِّهَا لِأَنَّ الْإِذْنَ بِالتِّجَارَةِ مِمَّا لَا يجزى فَكَانَ الْإِذْنُ في تِجَارَةٍ إذْنًا في الْكُلِّ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِذْنَ على هذا الْوَجْهِ لَا يُوجَدُ إلَّا على وَجْهِ الِاسْتِخْدَامِ عُرْفًا وَعَادَةً فَيُحْمَلُ على الْمُتَعَارَفِ وهو الِاسْتِخْدَامُ دُونَ الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ مع أَنَّهُ لو جَعَلَ الْإِذْنَ بمثله إذْنًا

بِالتِّجَارَاتِ كُلِّهَا لَصَارَ الْمَأْذُونُ بِشِرَاءِ الْبَقْلِ مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ وَفِيهِ سَدُّ بَابِ اسْتِخْدَامِ الْمَمَالِيكِ وَبِالنَّاسِ حَاجَةٌ إلَيْهِ فَاقْتُصِرَ على مَوْرِدِ الضَّرُورَةِ
وَأَمَّا الْعَامُّ الْمُنَجَّزُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ أَذِنْت لَك في التِّجَارَاتِ أو في التِّجَارَةِ وَيَصِيرُ مَأْذُونًا في الْأَنْوَاعِ كُلِّهَا بِالْإِجْمَاعِ
وَأَمَّا إذَا أَذِنَ له في نَوْعٍ بِأَنْ قال اتَّجِرْ في الْبُرِّ أو في الطَّعَامِ أو في الدَّقِيقِ يَصِيرُ مَأْذُونًا في التِّجَارَاتِ كُلِّهَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَصِيرُ مَأْذُونًا إلَّا في النَّوْعِ الذي تَنَاوَلَهُ ظَاهِرُ الْإِذْنِ وَكَذَلِكَ إذَا قال له اتَّجِرْ في الْبُرِّ وَلَا تَتَّجِرْ في الْخُبْزِ لَا يَصِحُّ نَهْيُهُ وَتَصَرُّفُهُ وَيَصِيرُ مَأْذُونًا في التِّجَارَاتِ كُلِّهَا وَعَلَى هذا إذَا أَذِنَ له في ضَرْبٍ من الصَّنَائِعِ بِأَنْ قال له اُقْعُدْ قَصَّارًا أو صَبَّاغًا يَصِيرُ مَأْذُونًا في التِّجَارَاتِ وَالصَّنَائِعِ كُلِّهَا حتى كان له أَنْ يَقْعُدَ صَيْرَفِيًّا وَصَائِغًا وَكَذَلِكَ إذَا أَذِنَ له أَنْ يَتَّجِرَ شَهْرًا أو سَنَةً يَصِيرُ مَأْذُونًا أَبَدًا ما لم يُحْجَرْ عليه
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْعَبْدَ مُتَصَرِّفٌ عن إذْنٍ فَلَا يَتَعَدَّى تَصَرُّفُهُ مَوْرِدَ الْإِذْنِ كَالْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ وَلِهَذَا يَثْبُتُ حُكْمُ تَصَرُّفِهِ لِمَوْلَاهُ
وَلَنَا أَنَّ تَقْيِيدَ الْإِذْنِ بِالنَّوْعِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَيَلْغُو اسْتِدْلَالًا بِالْمُكَاتَبِ وَهَذَا لِأَنَّ فَائِدَةَ

الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ تَمْكِينُ الْعَبْدِ من تَحْصِيلِ النَّفْعِ الْمَطْلُوبِ من التِّجَارَةِ وهو الرِّبْحُ وَهَذَا في النَّوْعَيْنِ على نَمَطٍ وَاحِدٍ وَكَذَا الضَّرَرُ الذي يَلْزَمُهُ في الْعَقْدِ عَسَى لَا يَتَفَاوَتُ فَكَانَ الرِّضَا بِالضَّرَرِ في أَحَدِ النَّوْعَيْنِ رِضًا بِهِ في النَّوْعِ الْآخَرِ فلم يَكُنْ التَّقْيِيدُ بِالنَّوْعِ مُفِيدًا فَيَلْغُو وَيَبْقَى الْإِذْنُ بِالتِّجَارَةِ عَامًّا فَيَتَنَاوَلُ الْأَنْوَاعَ كُلَّهَا مع ما أَنَّهُ وُجِدَ الْإِذْنُ في النَّوْعِ الْآخَرِ دَلَالَةً لِأَنَّ الْغَرَضَ من الْإِذْنِ هو حُصُولُ الرِّبْحِ وَالنَّوْعَانِ في احْتِمَالِ الرِّبْحِ على السَّوَاءِ فَكَانَ الْإِذْنُ بِأَحَدِهِمَا إذْنًا بِالْآخَرِ دَلَالَةً وَلِهَذَا يَمْلِكُ قَبُولَ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ من غَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى صَرِيحًا لِوُجُودِهِ دَلَالَةً كَذَا هَهُنَا

وَأَمَّا الْخَاصُّ الْمُعَلَّقُ بِشَرْطٍ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ إنْ قَدِمَ فُلَانٌ فَاشْتَرِ لي بِدِرْهَمٍ لَحْمًا وَنَحْوَ ذلك وَالْمُضَافُ إلَى وَقْتٍ أَنْ يَقُولَ اشْتَرِ لي بِدِرْهَمٍ لَحْمًا غَدًا أو رَأْسَ شَهْرِ كَذَا

وَأَمَّا الْعَامُّ الْمُعَلَّقُ بِشَرْطٍ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ إنْ قَدِمَ فُلَانٌ فَقَدْ أَذِنْت لَك بِالتِّجَارَةِ وَالْمُضَافُ إلَى وَقْتٍ أَنْ يَقُولَ أَذِنْت لَك بِالتِّجَارَةِ غَدًا أو رَأْسَ شَهْرِ كَذَا وَكُلُّ وَاحِدٍ من النَّوْعَيْنِ يَصِحُّ مُعَلَّقًا وَمُضَافًا كما يَصِحُّ مُطْلَقًا بِخِلَافِ الْحَجْرِ في أَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِشَرْطٍ وَلَا إضافته (((إضافة))) إلَى وَقْتٍ بِأَنْ يَقُولَ لِلْمَأْذُونِ إنْ قَدِمَ فُلَانٌ فَأَنْتَ مَحْجُورٌ أو فَقَدْ حَجَرْت عَلَيْك غَدًا أو رَأْسَ شَهْرِ كَذَا

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْإِذْنَ تَصَرُّفُ إسْقَاطٍ لِأَنَّ انْحِجَارَ الْعَبْدِ ثَبَتَ حَقًّا لِمَوْلَاهُ وَبِالْإِذْنِ أَسْقَطَهُ وَالْإِسْقَاطَاتُ تَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ وَالْإِضَافَةَ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَنَحْوِهِمَا فَأَمَّا الْحَجْرُ فَإِثْبَاتُ الْحَقِّ وَإِعَادَتُهُ وَالْإِثْبَاتُ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ وَالْإِضَافَةَ كَالرَّجْعَةِ وَنَحْوِهَا وَلِهَذَا قال أَصْحَابُنَا إنَّ الْإِذْنَ لَا يَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ حتى لو أَذِنَ لِعَبْدِهِ بِالتِّجَارَةِ شَهْرًا أو سَنَةً يَصِيرُ مَأْذُونًا أَبَدًا ما لم يُوجَدْ الْمُبْطِلُ لِلْإِذْنِ كَالْحَجْرِ وَغَيْرِهِ إلَّا أَنْ يُؤَقِّتَ الْإِذْنُ إلَى وَقْتِ إضَافَةِ الْحَجْرِ إلَيْهِ لِأَنَّ مَعْنَاهُ إذَا مَضَى شَهْرٌ أو سَنَةٌ فَقَدْ حَجَرْت عَلَيْك أو حَجَرْت عَلَيْك رَأْسَ شَهْرِ كَذَا وَالْحَجْرُ لَا يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ إلَى الْوَقْتِ فَلَغَتْ الْإِضَافَةُ وَبَقِيَ الْإِذْنُ بِالتِّجَارَةِ مُطْلَقًا إلَى أَنْ يُوجَدَ الْمُبْطِلُ

وَأَمَّا الْإِذْنُ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ فَنَحْوُ أَنْ يَرَى عَبْدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَلَا يَنْهَاهُ وَيَصِيرُ مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ عِنْدَنَا إلَّا في الْبَيْعِ الذي صَادَفَهُ السُّكُوتُ وَأَمَّا في الشِّرَاءِ فَيَصِيرُ مَأْذُونًا وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَصِيرُ مَأْذُونًا

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ السُّكُوتَ يَحْتَمِلُ الرِّضَا وَيَحْتَمِلُ السُّخْطَ فَلَا يَصْلُحُ دَلِيلُ الْإِذْنِ مع الِاحْتِمَالِ وَلِهَذَا لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُهُ الذي صَادَفَهُ السُّكُوتُ

وَلَنَا أَنَّهُ يُرَجِّحُ جَانِبُ الرِّضَا على جَانِبِ السُّخْطِ لِأَنَّهُ لو لم يَكُنْ رَاضِيًا لَنَهَاهُ إذْ النَّهْيُ عن الْمُنْكَرِ وَاجِبٌ فَكَانَ احْتِمَالُ السُّخْطِ احْتِمَالًا مَرْجُوحًا فَكَانَ سَاقِطَ الِاعْتِبَارِ شَرْعًا

وَأَمَّا التَّصَرُّفُ الذي صَادَفَهُ السُّكُوتُ فَإِنْ كان شِرَاءً يَنْفُذْ وَإِنْ كان بَيْعًا قَائِمًا لم يَنْفُذْ لإنعدام الْمَقْصُودِ من الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ على ما نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَسَوَاءٌ رَآهُ يَبِيعُ بَيْعًا صَحِيحًا أو بَيْعًا فَاسِدًا إذَا سَكَتَ ولم يَنْهَهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا لِأَنَّ وَجْهَ دَلَالَةِ السُّكُوتِ على الْإِذْنِ لَا يَخْتَلِفُ

وَكَذَلِكَ لو رَآهُ الْمَوْلَى يَبِيعُ مَالَ أَجْنَبِيٍّ فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا وَإِنْ لم يَجُزْ الْبَيْعُ لِمَا قُلْنَا

وَكَذَلِكَ لو بَاعَ مَالَ مَوْلَاهُ وَالْمَوْلَى حَاضِرٌ فَسَكَتَ لم يَجُزْ ذلك الْبَيْعُ وَيَصِيرُ مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ لِأَنَّ غَرَضَ الْمَوْلَى من الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ حُصُولُ الْمَنْفَعَةِ دُونَ الْمَضَرَّةِ وَذَلِكَ بِاكْتِسَابِ ما لم يَكُنْ لَا بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ عن مَالٍ كَائِنٍ وَلَا يَنْجَبِرُ هذا الضَّرَرُ بِالثَّمَنِ لِأَنَّ الناس رَغَائِبُ في الْأَعْيَانِ ما ليس في أَبْدَالِهَا حتى لو

كان شِرَاءً يَنْفُذُ لِأَنَّهُ نَفْعٌ مَحْضٌ ثُمَّ لَا حُكْمَ لِلسُّكُوتِ إلَّا في مَوَاضِعَ

(7/192)

منها سُكُوتُ الْمَوْلَى عِنْدَ تَصَرُّفِ الْعَبْدِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وقد ذَكَرْنَاهُ
وَمِنْهَا سُكُوتُ الْبَالِغَةِ الْبِكْرِ عِنْدَ استئمار (((استئمار))) الْوَلِيِّ أَنَّهُ يَكُونُ إذْنًا وَقْتَ الْعَقْدِ وَبَعْدَهُ يَكُونُ إجَازَةً
وَمِنْهَا سُكُوتُ الشَّفِيعِ إذَا عَلِمَ بِالشِّرَاءِ أَنَّهُ يَكُونُ تَسْلِيمًا لِلشُّفْعَةِ
وَمِنْهَا سُكُوتُ الْوَاهِبِ أو الْمُتَصَدِّقِ عِنْدَ قَبْضِ الْمَوْهُوبِ له وَالْمُتَصَدَّقِ عليه بِحَضْرَتِهِ أَنْ يَكُونَ إذْنًا بِالْقَبْضِ
وَمِنْهَا سُكُوتُ الْمَجْهُولِ النَّسَبِ إذَا بَاعَهُ إنْسَانٌ بِحَضْرَتِهِ وقال له قُمْ فَاذْهَبْ مع مَوْلَاك فَقَامَ وَسَكَتَ أَنَّهُ يَكُونُ إقْرَارًا منه بِالرِّقِّ حتى لَا تَسْمَعَ دَعْوَاهُ الْحُرِّيَّةَ بَعْدَ ذلك
وَأَمَّا سُكُوتُ الْبَائِعِ بَيْعًا صَحِيحًا بِثَمَنٍ حَالٍّ عِنْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِحَضْرَتِهِ هل يَكُونُ إذْنًا بِالْقَبْضِ ذَكَرَ فيها ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ إذْنًا بِالْقَبْضِ
وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَكُونُ إذْنًا كما في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَدَلَائِلُ هذه الْمَسَائِلِ نَذْكُرُهَا في مَوْضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَعَلَى هذا إذَا قال لِعَبْدِهِ أَدِّ إلَيَّ كُلَّ يَوْمٍ كَذَا أو كُلَّ شَهْرٍ كَذَا يَصِيرُ مَأْذُونًا لِأَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ من أَدَاءِ الْغَلَّةِ إلَّا بِالْكَسْبِ فَكَانَ الْإِذْنُ بِأَدَاءِ الْغَلَّةِ إذْنًا بِالتِّجَارَةِ
وَكَذَلِكَ لو قال لِعَبْدِهِ أَدِّ إلَيَّ أَلْفًا وَأَنْتَ حُرٌّ أو قال إنْ أَدَّيْت إلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ يَصِيرُ مَأْذُونًا لِأَنَّ غَرَضَهُ حَمْلُ الْعَبْدِ على الْعِتْقِ بِوَاسِطَةِ تَحْصِيلِ الشَّرْطِ وَلَا يَتَمَكَّنُ من تَحْصِيلِهِ إلَّا بِالتَّصَرُّفِ فَكَانَ التَّعْلِيقُ دَلِيلًا على الْإِذْنِ
وَكَذَلِكَ إذَا قال له أَدِّ إلَيَّ أَلْفًا وَأَنْتَ حُرٌّ فَهَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ في التَّعْلِيقِ عُرْفًا وَعَادَةً
وَلَوْ قال له أَدِّ وَأَنْتَ حُرٌّ لَا يَصِيرُ مَأْذُونًا وَيُعْتَقُ لِلْحَالِ لِأَنَّ هذا تَنْجِيزٌ وَلَيْسَ بِتَعْلِيقٍ وَعَلَى هذا إذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا لِأَنَّهُ لَمَّا كَاتَبَهُ فَقَدْ جَعَلَهُ أَحَقَّ بِكَسْبِهِ وَلَا يَكُونُ ذلك إلَّا بِالتِّجَارَةِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ الْإِذْنُ لِمَنْ يَعْقِلُ التِّجَارَةَ لِأَنَّ الْإِذْنَ بِالتِّجَارَةِ لِمَنْ لَا يَعْقِلُ سَفَهٌ فَأَمَّا الْبُلُوغُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْإِذْنِ فَيَصِحُّ الْإِذْنُ لِلْعَبْدِ بَالِغًا كان أو صَبِيًّا بَعْدَ أَنْ كان يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يُجِيبُ دَعْوَةَ الْمَمْلُوكِ من غَيْرِ فَصْلٍ فَدَلَّ الْحَدِيثُ على جَوَازِ الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ما كان لِيُجِيبَ دَعْوَةَ الْمَحْجُورِ وَيَأْكُلَ من كَسْبِهِ فَتَعَيَّنَ الْمَأْذُونُ
وَكَذَا الْإِذْنُ لِلْأَمَةِ وَالْمُدَبَّرَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ بَعْدَ أَنْ عَقَلُوا التِّجَارَةَ لِأَنَّ اسْمَ الْمَمْلُوكِ يَتَنَاوَلُ الْكُلَّ
وَكَذَا يَجُوزُ الْإِذْنُ لِلصَّبِيِّ الْحُرِّ بِالتِّجَارَةِ إذَا كان يَعْقِلُ التِّجَارَةَ
وَهَذَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِذْنُ لِلصَّبِيِّ بِالتِّجَارَةِ بِحَالٍ حُرًّا كان أو عَبْدًا وَكَذَا سَلَامَةُ الْعَقْلِ عن الْفَسَادِ أَصْلًا ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْإِذْنِ عِنْدَنَا حتى

يَجُوزَ الْإِذْنُ لِلْمَعْتُوهِ الذي يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِالتِّجَارَةِ وَعِنْدَهُ شَرْطٌ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الصَّبِيَّ ليس من أَهْلِ التِّجَارَةِ فَلَا يَصِحُّ الْإِذْنُ بِالتِّجَارَةِ وَهَذَا لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ التِّجَارَةِ بالعقل (((بالعقد))) الْكَامِلِ لأنها تَصَرُّفٌ دَائِرٌ بين الضَّرَرِ وَالنَّفْعِ فَلَا بُدَّ لها من كَمَالِ الْعَقْلِ وَعَقْلُ الصَّبِيِّ نَاقِصٌ فَلَا يَكْفِي لِأَهْلِيَّةِ التِّجَارَةِ وَلِهَذَا لم يُعْتَبَرْ عَقْلُهُ في الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ كَذَا هَهُنَا
وَلَنَا قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَابْتَلُوا الْيَتَامَى } أَمَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْأَوْلِيَاءَ بِابْتِلَاءِ الْيَتَامَى والإبتلاء هو الْإِظْهَارُ فَابْتِلَاءُ الْيَتِيمِ إظْهَارُ عَقْلِهِ بِدَفْعِ شَيْءٍ من أَمْوَالِهِ إلَيْهِ لِيَنْظُرَ الْوَلِيُّ أَنَّهُ هل يَقْدِرُ على حِفْظِ أَمْوَالِهِ عِنْدَ النَّوَائِبِ وَلَا يَظْهَرُ ذلك إلَّا بِالتِّجَارَةِ فَكَانَ الْأَمْرُ بِالِابْتِلَاءِ إذْنًا بِالتِّجَارَةِ وَلِأَنَّ الصَّبِيَّ إذَا كان يَعْقِلُ التِّجَارَةَ يَعْقِلُ النَّافِعَ من الضَّارِّ فَيَخْتَارُ الْمَنْفَعَةَ على الْمَضَرَّةِ ظَاهِرًا فَكَانَ أَهْلًا لِلتِّجَارَةِ كَالْبَالِغِ بِخِلَافِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالطَّلَاقِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّهَا من التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ الْمَحْضَةِ لِكَوْنِهَا إزَالَةَ مِلْكٍ لَا إلَى عِوَضٍ فلم يُجْعَلْ الصَّبِيُّ أَهْلًا لها نَظَرًا دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه
وَمِنْهَا الْعِلْمُ بِالْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ في أَحَدِ نَوْعَيْ الْإِذْنِ بِلَا خِلَافٍ
وَبَيَانُ ذلك أَنَّ الْإِذْنَ بِالْإِضَافَةِ إلَى الناس ضَرْبَانِ إذْنُ إسْرَارٍ وَإِذْنُ إعْلَانٍ وهو الْمُسَمَّى بِالْخَاصِّ وَالْعَامِّ في الْكِتَابِ فَالْخَاصُّ أَنْ يَقُولَ أَذِنْت لِعَبْدِي في التِّجَارَةِ لَا على وَجْهٍ يُنَادِي أَهْلَ السُّوقِ فيقول بَايِعُوا عَبْدِي فُلَانًا فَإِنِّي قد أَذِنْت له في التِّجَارَةِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْعِلْمَ بِالْإِذْنِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْإِذْنِ في هذا النَّوْعِ لِأَنَّ الْإِذْنَ هو الْإِعْلَامُ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَأَذَانٌ من اللَّهِ وَرَسُولِهِ } أَيْ إعْلَامٌ وَالْفِعْلُ لَا يُعْرَفُ إعْلَامًا إلَّا بَعْدَ تَعَلُّقِهِ بالمعلم (((بالعلم))) وَلِأَنَّ إذْنَ الْعَبْدِ يُعْتَبَرُ بِإِذْنِ الشَّرْعِ ثُمَّ حُكْمُ الْإِذْنِ من الشَّرْعِ لَا يَثْبُتُ في حَقِّ الْمَأْذُونِ إلَّا بَعْدَ عِلْمِهِ بِهِ فَعَلَى ذلك إذْنُ الْعَبْدِ وَلِهَذَا كان الْعِلْمُ بِالْوَكَالَةِ شَرْطًا لِصِحَّتِهَا على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْوَكَالَةِ
كَذَا هذا حتى لم يَصِحَّ تَصَرُّفُ الْوَكِيلِ قبل الْعِلْمِ بِالْوَكَالَةِ
وَأَمَّا في الْإِذْنِ الْعَامِّ فَقَدْ ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْمَأْذُونِ أَنَّهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا وَإِنْ لم يَعْلَمْ بِهِ الْعَبْدُ
وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ فِيمَنْ قال لِأَهْلِ السُّوقِ بَايِعُوا ابْنِي فُلَانًا فَبَايَعُوهُ وَالصَّبِيُّ لَا يَعْلَمُ
